مطبوعات الخزانة الجزائرية للتراث



شرح الرسالة

لابن أبي زيد القيرواني

للقاضي عبد الوهاب البغدادي

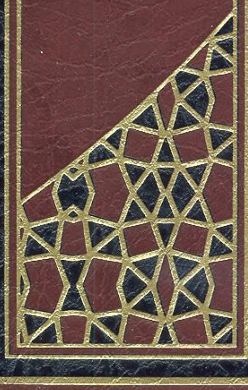
المتوفى سنة 422 هـ

الشفعة - الهبة - الصدقة - الحبس
الرهن - العارية - الوديعة - اللقطة
الغصب - أحكام الدماء والحدود

ضبط نصه وعلق عليه:

عبد الوهاب بن الخميسي لوكام　　　ليامين بن قدور امكراز الجزائري

المجلد التاسع



دار المحسن　　　دار ابن حزم

شرح الرسالة

لابن أبي زيد القيرواني

للقاضي عبد الوهاب البغدادي



الطبعة الأولى

1444هـ - 2022م

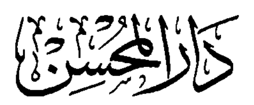


الجزائر – الجزائر العاصمة – المحمدية – الصنوبر البحري – شارع عمر عيدروسي رقم 02

هاتف فاكس: 0021323698117 بريد إلكتروني: khizanadz@gmail.com



ISBN 978-9931-667-17-9



الجزائر – الجزائر العاصمة – المحمدية – الصنوبر البحري

هاتف فاكس: 0021323698116 بريد إلكتروني: darelmohcine@gmail.com

دار ابن حزم

بيروت – لبنان – ص.ب : 14/6366

هاتف وفاكس : 701974 – 300227 (009611)

البريد الإلكتروني : ibnhazim@cyberia.net.lb

الموقع الإلكتروني : www.daribnhazm.com

مطبوعات الخزانة الجزائرية للتراث (18)

شرح الرسالة

لابن أبي زيد القيرواني

للقاضي عبد الوهاب البغدادي

المتوفى سنة 422 هـ

الشفعة - الهبة - الصدقة - الحبس
الرهن - العارية - الوديعة - اللقطة
الغصب - أحكام الدماء والحدود

ضبط نصه وعلق عليه:

عبد الوهاب بن الخميسي لوكام

ليامين بن قدور امكراز الجزائري



دار المحسن

دار ابن حزم

بسم الله الرَّحمن الرَّحيم

باب في الشُّفْعة والهِبة والصدقة والحُبُس والرَّهن والعاريَّة والوديعة واللُّقَطة والغَصْب

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(وإنَّما الشُّفْعة في المُشاع، ولا شُفعة فيما قد قُسِم، ولا لجارٍ).

قال القاضي -رحمه الله-:

وهذا كما قال؛ لا خلاف في وجوب الشُّفعة للشريك المُخالط.

والأصل فيه:

قوله ﷺ: «الشُّفعة فيما لم يُقسم، فإذا وقعت الحدود وصُرِّفَتِ الطرقُ فلا شُفعة»[1].

وأمَّا الجارُ: فلا شفعة له عندنا، وعند الشافعي[2].

ورُوي عن عُمر وعثمان وابن عباس، وعن المشيخة السبعة[3].

---

(1) رواه البخاري (2213) (2214)، ومسلم (1608)، بمعناه.

(2) ينظر: التفريع لابن الجلَّاب (2/ 334)، والأم للشافعي (8/ 248-251).

(3) ينظر: سنن الترمذي (3/ 644)، والأوسط لابن المنذر (10/ 476).

وأثبت أبو حنيفة للجار الشُّفعة ما لم يكن بينهما طريقٌ نافذ[1]؛ لقوله ﷺ: «الجار أحقُّ بصَقبه»[2].

ورُوي: «الجارُ أحقُّ بشُفْعَة جاره»[3].

ورُوي: «الخليطُ أحقُّ مِن الشفيع»[4].

---

(1) ينظر: الحجة على أهل المدينة للشيباني (3/ 67).

(2) رواه البخاري (6977).

(3) أخرجه أبو داود (3518) والترمذي (1369) وابن ماجه (2494)، من طريق عبد الملك بن أبي سليمان عن عطاء عن جابر مرفوعا، وقال الترمذي: «حديث حسن غريب، ولا نعلم أحدا روى هذا الحديث غير عبد الملك بن أبي سليمان عن عطاء عن جابر، وقد تكلم شعبة في عبد الملك ابن أبي سليمان مِن أجل هذا الحديث، وعبد الملك هو ثقة مأمون عند أهل الحديث، لا نعلم أحدا تكلم فيه غير شعبة من أجل هذا الحديث».

وقال الزيلعي في نصب الراية (4/ 174): «قال المنذري في مختصره: قال الشافعي: «يخاف أن لا يكون محفوظًا، وأبو سلمة حافظ، وكذلك أبو الزبير، ولا يعارض حديثهما بحديث عبد الملك»، وسئل الإمام أحمد عن هذا الحديث، فقال: «هو حديث منكر»، وقال يحيى: «لم يحدث به إلا عبد الملك، وقد أنكره الناس عليه»، وقال الترمذي: سألت محمد بن إسماعيل البخاري عن هذا الحديث فقال: «لا أعلم أحدا رواه عن عطاء غير عبد الملك، تفرد به، ويروى عن جابر خلاف هذا»، انتهى كلامه، وقال صاحب التنقيح: «واعلم أنَّ حديث عبد الملك بن أبي سليمان حديث صحيح، ولا منافاة بينه وبين رواية جابر المشهورة، وهي: «الشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة»، فإن في حديث عبد الملك: إذا كان طريقها واحدا، وحديث جابر المشهور لم ينف فيه استحقاق الشفعة، إلا بشرط تصرف الطرق، فنقول: إذا اشترك الجاران في المنافع، كالبئر، أو السطح، أو الطريق، فالجار أحق بصقب جاره، لحديث عبد الملك، وإذا لم يشتركا في شيء من المنافع، فلا شفعة؛ لحديث جابر المشهور».

(4) قال الزيلعي في نصب الراية (4/ 176): «غريب، وذكره ابن الجوزي في التحقيق، وقال، إنه حديث لا يعرف»، وروي من قول شريح، أخرجه عبد الرزاق في المصنف (14386).

ولأنَّ الشُّفعة إنما وَجَبت بالشركة خوفَ الضرر على وجه الدوام، وهذا موجود في الجِوار؛ فوجبَ أنْ تُستحق به الشُّفعة.

ولأنَّ ملك الجار متصلٌ بالملكِ المبيع؛ بدليل: أنَّ موضع الحائط الحاجز بين الدارين مبيعٌ، وقد اتَّصل ذلك بملك الشفيع؛ فأشبه الشريكين لَمَّا كان [ملك][1] كلِّ واحدٍ منهما متصلا بملك الآخر؛ كانت الشُّفعة واجبة لكل واحد منهما.

ودليلنا:

ما روى عبد الملك بن الماجِشون وأبو عاصم النبيل عن مالك عن ابن شهاب عن سعيد وأبي سلمة عن أبي هريرة: «أنَّ رسول الله ﷺ قضى بالشُّفعة فيما لم يُقسم، فإذا قُسم ووقعت الحدود فلا شُفعة»[2].

---

(1) زيادة من (ع).

(2) رواه ابن ماجه (2497) عن محمد بن يحيى وعبد الرحمن بن عُمر، كلاهما عن أبي عاصم، ورواه البيهقي (11564) من طريق إبراهيم بن عبد الله وسليمان بن داود، كلاهما عن عبد الملك بن الماجشون، به، بمثله، ورواه مالك في الموطأ (2633) عن سعيد بن المسيب وأبي سلمة مرسلا، ورواه البخاري (2257) (2495) من طريق معمر عن ابن شهاب عن أبي سلمة عن جابر.

وقال البيهقي في الكبرى (11571) -بعد أن ذكر الاختلاف على ابن شهاب في إسناده وإرساله وذكر صحابيه-: «فالذي يعرف بالاستدلال من هذه الروايات أن ابن شهاب الزهري ما كان يشك في روايته عن أبي سلمة عن جابر عن النبي ﷺ، كما رواه عنه معمر وصالح بن أبي الأخضر وعبد الرحمن بن إسحاق، ولا في روايته عن سعيد بن المسيب عن النبي ﷺ مرسلا، كما رواه عنه يونس بن يزيد الأيلي، وكأنه كان يشك في روايته عنهما عن أبي هريرة، فمرة أرسله عنهما، ومرة وصله عنهما، ومرة ذكره بالشك في ذلك، والله أعلم».

وروى ابن إسحاق عن ابن شهاب عن سعيد وأبي سلمة عن أبي هريرة: «أنَّ رسول الله ﷺ قضى بالشُّفعة فيما لم يُقسم، وأيُّما مالٍ قُسِم وَارَثَ عليه؛ فلا شُفعة فيه»[1].

وروى ابن جُريج عن الزهري [عن سعيد][2] [وأبي سلمة][3] -أو أحدهما- عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله [ﷺ]: «إذا قُسمت][4] الأرض وحُدَّت؛ فلا شُفعة فيها»[5].

ووجه الاستدلال مِن [هذه الأخبار][6] مِن ثلاثة أوجه:

أحدُها: أنَّه جَعل جنس الشُّفعة فيما لم يُقسم؛ فلم تبقَ شُفعة في غير هذا النوع، فكان كقوله: «لا شُفعة إلا فيما لم يُقسم».

ومثلُ ذلك إذا قلنا: «المُلك لله»؛ يريد به إثبات الملك له ونفيه عن غيره، وكذلك: «الفصاحة للعرب»، وما أشبه ذلك.

والثاني: دليلُ الخطاب؛ [وهو أنَّه][7] لَمَّا علَّق الشُّفعة بعدم القسمة دلَّ على انتفائها مع وجودها.

---

(1) أخرجه البيهقي في الكبرى (11571)، من طريق عبد الله بن إدريس عن محمد بن إسحاق به، بنحوه.

(2) زيادة من مصادر التخريج يقتضيها السياق.

(3) خرم في (خ)، والمثبت من (ع).

(4) خرم في (خ)، والمثبت من (ع).

(5) أخرجه أبو داود (3515)، من طريق ابن إدريس عن ابن جريج به، بمثله.

(6) خرم في (خ)، والمثبت من (ع).

(7) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

والثالث: نصُّه على أنَّه إذا وقعت الحدود فلا شفعة.

ولأنَّه ملك محوزٌ [فلم][1] يُستحق بالشُّفعة؛ أصله: الجار المقابل.

ولأنَّ كل شُفعة تُستحق بالشركة فإنَّها تَسقط بالقَسْمِ[2]؛ أصله: إذا كانت دارٌ بين ثلاثة؛ فإنَّ لكل واحد منهم الشُّفعة فيما يبيع شريكه [404/و]؛ فإذا [قسموها][3]، وحصَل باب أحدهم في الوسط، وبابُ كل واحد مِن الآخرَيْن في الطرف، ثم باع صاحب الطرف؛ فإنَّ الشُّفعة لصاحب الوسط، ولا يكون لصاحب [الطرف][4] الآخر شفعة فيما يبيعه صاحب الطرف الآخر، وقد كانت له شفعة في هذا المبيع قبل القسمة، وإنَّما سقطت بالقسمة.

وإذا ثبتَ هذا؛ فقوله: «الجار أحقُّ بصَقَبه»[5]، ليس فيه بيان ما هو أحقُّ به.

فعندهم: أنَّه أحقُّ بالشُّفعة.

وعندنا: معاونته على ما يَعرض له، والعرض عليه إذا أراد البيع.

ويُمكن أنْ يكون أراد بالجار: «الشريك» للمقاربة[6]؛ لأنَّ الشريك يسمى «جارًا» في اللغة، وتسمى زوجة[7] الرجل «جارة» لاشتراكهما في البيت.

---

(1) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(2) في (ع): (بالقسمة).

(3) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(4) زيادة من (ع).

(5) رواه البخاري (6977).

(6) في (ع): (للمقارنة).

(7) في (ع): (زوج).

وهذا هو الجواب عمَّا رَوَوه: «الجار أحقُّ بشفعة جاره».

وما رَوَوه مِن قوله: «الخليط أحقُّ مِن الشفيع»[1]؛ فظاهرُه يُوجب أنَّ الخليط ليس بشفيع؛ و[هذا][2] لا يقوله أحد، ونَحمله على أنَّه أحقُّ بالعرض عليه.

[وقياسُهم؛ ينتقض بالجار المقابل][3].

ثم المعنى في الشريك: أنَّه يدفع ضررا مستحَقا عليه [وَجَبَ[4] للمشتري، وليس كذلك][5] الجار.

واستدلالهم؛ غير صحيح، لأنَّ الملاصقة والاتِّصال [ليست مِن معنى المخالطة][6] بشيء؛ لأنَّ المخالط ليس له أنْ يُوتد وتدًا في خلطته[7] إلا بإذن شريكه، والجار له أنْ يفعل في ملكه ما شاء، ويتصرف كما يختار أنْ يتصرف.

وعلى أنَّهم يوجبون الشُّفعة للجار المقابل؛ وهذا المعنى معدومٌ فيه.

وبالله التوفيق.

---

(1) تقدم تخريجه (ص: 6).

(2) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(3) خرم في (خ)، والمثبت من (ع).

(4) في (ع): (وتجب)، والمثبت أليق بالسياق، وينظر المعونة للمصنف (2/ 1269-1270)، وفيه: «وهو أن يطالب المشتري الشريكَ بالقسمة؛ فيلزمه ذلك، فيدخل عليه الضرر».

(5) خرم في (خ)، والمثبت من (ع).

(6) خرم في (خ)، والمثبت من (ع).

(7) في (ع): (حائطه).

مسألة

قال -رحمه الله-:

(ولا في طريق، ولا عَرْصةِ[1] دارٍ قد قُسِمت بيوتها، ولا في فَحْلِ نخلٍ أو بئرٍ إذا قُسِمَت [النَّخل][2] أو[3] الأرض).

قال القاضي -رحمه الله -:

وهذا لأنَّ الطريق وعَرْصة[4] الدار تبعٌ لأصلٍ لا شُفعة فيه؛ لأنَّ الدار إذا قُسمت بيوتها فقد تُركت هذه العَرْصة مرتفقا لأهلها وأصلها مقسومٌ؛ فلم تكن فيها الشُّفعة.

فأمَّا البئر وفحل النخل؛ فإنَّهما إنْ[5] كانَا في أرض غير مقسومة ففيهما الشُّفعة؛ لأنَّ في أصلِهما الشُّفعة فهما[6] تبعٌ لها.

وإنْ كانت الأرض قد قُسمت؛ فلا شفعة في البئر ولا في الفحل؛ لأنَّ عينه لا شفعة فيه، إذ[7] لا يصحُّ قسمه، ولا هو متصلٌ بأصل تجب الشُّفعة فيه

(1) في (ع): (ولا في عرصة).

(2) زيادة من (ع).

(3) في (ع): (و).

(4) العَرْصة: كل بقعة بين الدور واسعة، ليس فيها بناء، سميت بذلك لاعتراض الصبيان فيها. [تاج العروس (18/ 29)]

(5) في (ع): (إذا).

(6) في (ع): (لأنَّهما).

(7) في (ع): (إذا).

فيكون تابعا له، والله أعلم[1].

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ولا شُفْعة إلّا في الأرض وما يتصلُ بها مِن البناء والشَّجر).

قال القاضي -[رضي الله عنه]-:

وهذا كما قال؛ لا شفعة في شيء سِوى ما ذكره؛ لا مِن العروض، ولا الحيوان، ولا العبيد، ولا غير ذلك.

هذا قولنا، وقولُ فقهاء الأمصار[2].

وذُكر خلافٌ شاذٌّ؛ أنَّ في ذلك الشُّفعة[3][4].

والأصلُ فيما قلناه:

قوله ﷺ: «الشُّفعة فيما لم يُقسم، فإذا وقعت الحدود فلا شُفعة»، ورُوي: «وصُرِّفت الطُّرُق»[5]؛ [فأخبر][6] عن محل الشفعة، وهو ما ينقسم[7] وتقع فيه

(1) نقله الفاكهاني في شرح الرسالة (5/ 375).

(2) ينظر: المدونة (4/ 216)، والحجة على أهل المدينة للشيباني (3/ 67)، واللباب في الفقه الشافعي لابن المحاملي (ص: 264).

(3) ينظر: المحلى لابن حزم (9/ 82-83).

(4) نقله عن المصنف صالح الهسكوري في شرح الرسالة [80/ ب-أزهرية].

(5) رواه البخاري (2257).

(6) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(7) في (ع): (يُقسم).

الحدود، فدلَّك[1] ذلك على أنَّه [لا شفعة فيما][2] سواه.

ولأنَّه ممَّا يُنقل ويُحوَّل؛ كالذهب والفضة.

والفرق بين ذلك [وبين الأرض][3]: [وجود][4] الضرر في الشركة في الأرض على وجه الدوام، وأنَّ التخلص [مِن ذلك لا يُمكن][5] إلا بضرر يَلحق الشريك؛ وسائرُ العروض بخلاف ذلك.

فصل:

[واختلف][6] قول مالك في الثمار؛ فعنه[7] روايتان:

إحداهما: ثبوت الشُّفعة[8].

والأخرى: سقوطها، وهو قولُ المُغيرة وعبد الملك[9].

فوجه الأولى: أنَّها[10] متعلقة -مِن غير صنع[11] آدمي- بأصلٍ تجب فيه

---

(1) في (ع): (فدلَّ).

(2) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(3) خرم في (خ)، والمثبت من (ع).

(4) في (خ): (وجوب)، والمثبت من (ع).

(5) خرم في (خ)، والمثبت من (ع).

(6) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(7) في (ع): (فعنه فيه).

(8) ينظر: المدونة (4/ 216).

(9) ينظر: النوادر والزيادات لابن أبي زيد (11/ 114).

(10) في (ع): (وهو أنَّها).

(11) في (ع): (معلقة بغير صنيع).

الشُّفعة يُخاف فيه سوء المشاركة؛ فأشبه الفحل والبئر.

ولأنَّ الشُّفعة وُضعت لإزالة الضرر، وذلك[1] موجودٌ هاهنا.

ولا يُشبه الزرع؛ لأنَّه لا يجوز بيعه ما لم يشتدَّ، وإذا اشتدَّ فلا شُفعة فيه؛ لأنَّه يُقسم[2] في الحال.

وكذلك نقول في الثمرة المستجدة، وإنَّما الشُّفعة فيما يحتاج إلى تبقيته.

ووجه الثانية: قوله [و/ 405] ﷺ: «الشُّفعة فيما لم يُقسم، فإذا وقعت الحدود فلا شُفعة»[3]؛ فأخبر عن محل الشُّفعة وهو[4] الأرض دون غيرها.

ولأنَّ الشُّفعة فيما يدوم فيه الضرر؛ وهذا معدوم في الثمار لأنَّها تُجذُّ عن قُرْب، ولا يدوم أمرها.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ولا شُفعة للحاضر بعد السنة، والغائبُ على شفعته وإنْ طالت غَيبته).

قال القاضي أبو محمد -رحمه الله-:

وعنه في الحاضر رواية أخرى: أنَّه لا تنقطع شُفعته إلا أنْ يظهر منه ما يدلُّ على قطعها، أو يأتي عليه مِن الزمان ما يُعلم أنَّه تارك للشُّفعة[5].

(1) في (ع): (والضرر في ذلك).

(2) في (ع): (ينقسم).

(3) رواه البخاري (2257).

(4) في (ع): (وهي).

(5) ينظر: المدونة (4/ 217، 255).

وقد نصَّ على تاركها خمس سنين؛ أنَّ له الشُّفعة إنْ طلبها[1].

وعند[2] أبي حنيفة: أنَّها على الفور؛ كالردِّ بالعيب، فإنْ وقف عن[3] المطالبة بها مع علمه وقدرته بطلت[4].

فدليلنا على أنَّها ليست على الفور:

قوله ﷺ: «الشُّفعة فيما لم يُقسم»[5]؛ وهذا يوجب ثبوتها فيه أبدا ما لم يَقُم دليل.

ولأنَّ حقَّ المطالبة حقٌّ للشفيع، والأصل: أنَّ كلَّ مَنْ له حقٌّ فهو مخيَّر في المطالبة به؛ أيَّ وقت شاء واختار.

هذا أصلٌ بُني[6] عليه هذا الباب؛ فلا ينتقض[7] بأعيان المسائل التي قامت عليها الأدلة.

ولأنَّه حقٌّ فيه [استيفاء مالٍ لم][8] يكن فيه تفريط أو تدليس؛ فلم تجب المطالبة [به][9] على الفور؛ أصله: [المطالبة بالديون][10].

(1) ينظر: النوادر والزيادات (11/ 185-186).

(2) في (ع): (وعن).

(3) في (ع): (على).

(4) ينظر: الحجة على أهل المدينة (3/ 81)، والتجريد للقدوري (7/ 3443).

(5) رواه البخاري (2257).

(6) في (ع): (بنينا).

(7) في (ع): (ينقض).

(8) خرم في (خ)، والمثبت من (ع).

(9) زيادة من (ع).

(10) خرم في (خ)، والمثبت من (ع).

وقولنا: «لم يكن فيه تفريط أو تدليس»؛ احتراز[1] من الردِّ بالعيب.

ولأنَّ على المشتري [ضررا][2] في المطالبة بالشُّفعة على الفور، لأنَّه قد يحتاج إلى بَيعِ ما يحصل به الثمن، وذلك يقتضي مُهلة يُمكن فيها.

وكذلك فقد يكون المشتري عَمر الشِّقص فيكون له فيه [قيمة][3] العمارة، ويتعذر على الشفيع قَدْر قيمتها لوقته[4]؛ والضرر غير جائز.

فإن قيل: فكذلك كونه على التراخي فيه ضرر على المشتري لأنَّه [5] يريد أنْ يتصرف في ملكه بالعمارة والإجارة والهدم والبناء، ولابدَّ من وقت، [ولا يدري هل][6] يستقر له [أم][7] يؤخذ منه؟

قيل له: هذا يسقط مِن وجهين:

أحدهما: أنَّه لا ضرر [عليه][8] في ذلك؛ لأنَّه إذا أراد هذا رفعَ الشفيع إلى الحاكم؛ فإمَّا أخذ وإمَّا ترك، فإذا[9] لم يفعل ذلك؛ كان هو الجالب على نفسه الضرر.

---

(1) في (ع): (احترازا).

(2) خرم في (خ)، والمثبت من (ع).

(3) في (خ) ما صورته: (فيه)، والمثبت من (ع).

(4) في (ع): (وزن قيمتها لوقتها).

(5) زاد في (خ): (لا)، والمثبت من (ع).

(6) زيادة من (ع).

(7) في (خ): (أمر)، والمثبت من (ع).

(8) زيادة من (ع).

(9) في (ع): (وإذا).

والثاني: أنَّه إنْ أنفق أو عَمر؛ أَخذَ قيمة ذلك مِن الشفيع.

فإن قيل: لأنَّه[1] حقٌّ يراد لإزالة الضرر، فكان على الفور لا [على][2] التراخي؛ أصله: خيار الردِّ بالعيب.

قيل له: خيار الردِّ: هو خيار في الترك أو الردِّ، وخيار الشفيع[3]: هو خيار في الترك أو الأخذ؛ فهو أشبه بالديون.

ولأنَّ خيار الردِّ بالعيب يتعلق بإمساك حقِّ الغير أو[4] التصرف فيه؛ وذلك غير جائز إلا مع إسقاط حقِّ الردِّ.

فإن قيل: إنَّ الشراء يوجب انتقال الملك إلى المشتري، فإذا[5] سَكَت الشفيع عن المطالبة كان ذلك رضًا منه بإسقاط حقِّه، واختيارا لتَقرر[6] ملك المشتري.

قيل له: إنْ[7] سُلِّم هذا؛ فليس فيه خلافنا، وهل يكون إمساكه عن المطالبة رضًا منه أم لا؟ وهل هذه إلا كقولِ مَن قال: «إنَّ مَن حَلَّ له دَينٌ فسكت عن المطالبة به كان ذلك رضًا منه بمهلته لمَن هو عليه؛ لأنَّه لولا ذلك لكان

(1) في (ع): (إنه).
(2) زيادة من (ع).
(3) في (ع): (الشُّفعة).
(4) في (ع): (و).
(5) في (ع): (فلمَّا).
(6) في (ع): (لتقرير).
(7) في (ع): (ومن).

مُطالبه[1]»؛ فإذا كان هذا باطلا؛ فكذلك ما قالوه.

[فصل:

وجه][2] **قوله: (في الحاضر: إنَّ حدَّه سنة)**؛ فلأنَّه إذا ثبت أنَّ المطالبة ليست على [الفور كان][3] حكم الأجل القريب يجري مجرى الفور.

وربما كان له عذر في إمساكه [مِن أجلِ][4] محل[5] الثمن، وقيمة عمارةٍ إنْ عَمر المشتري، فيخاف [متى][6] طالَبَ أنْ يقال له: «ادفع الثمن وقيمة العمارة»، ولا يحضر[7] ذلك، بل له الغلة ينتظرها والثمرة يبيعها، وما أشبه ذلك؛ كان أوْلى الآجال بأن[8] تُحدَّ له السنة، [لأنَّها][9] تجمع كل هذا؛ ممَّا فيه إزاحة[10] علله في الصبر عليه والانتظار والإمهال، وغير ذلك.

وقد جُعلت في الشرع حدًّا لعدة أحكام منها:

أجل العِنِّين.

---

(1) في (ع): (يُطالبه).

(2) خرم في (خ)، والمثبت من (ع).

(3) خرم في (خ)، والمثبت من (ع).

(4) خرم في (خ)، والمثبت من (ع).

(5) في (ع): (تعجل).

(6) في (خ): (من)، وفي (ع): (مطالب)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(7) في (ع): (يحضره).

(8) في (ع): (أنْ).

(9) في (خ): (لأنَّه)، والمثبت من (ع).

(10) في (ع): (إراحة).

ومنها: [و/ 406] الأدواء الثلاثة[1] في الرقيق في بيع العهدة.

ومنها: طول إقامة البكر عند الزوج في سقوط الإجبار عنها.

فكذلك في هذا الموضع.

ووجه رواية التأبيد:

قوله [ﷺ]: «الشُّفعة فيما لم يُقسم»[2]؛ وهذا على وجوبه.

وقوله: «الشريك أحقُّ به»[3]، ولم يُعلِّق ذلك بمدة محصورة.

ولأنَّه استيفاء ملك[4] فلم يبطل بترك المطالبة؛ [كأُروش][5] الجنايات.

ولا يلزم عليه الردُّ بالعيب؛ لأنَّ العوض مستحَق، وهو ما في[6] مقابلة الجزء الغائب.

فأمَّا (الغائب فإنَّه على شفعته)؛ والدليل عليه:

قوله ﷺ: «ينتظر بها، [وإنْ][7] كان غائبا»[8].

[و][9]لأنَّه معذور؛ لأنَّ تركه المطالبة لغيبته.

---

(1) في (ع): (الثلاث).

(2) رواه البخاري (2257).

(3) رواه ابن ماجه (2498) من حديث أبي رافع مرفوعا، وفيه: «الشريك أحق بسقبه ما كان»، وهو في صحيح البخاري (6978) بلفظ: «الجار» بدل: «الشريك».

(4) في (ع): (مال).

(5) في (خ): (على روس)، والمثبت من (ع).

(6) في (ع): (هو في).

(7) في (خ): (فإن)، والمثبت من (ع)، ومصادر التخريج.

(8) تقدم تخريجه (ص: 6)، وهو تتمة حديث: «الجار أحق بشفعة جاره».

(9) في (خ): (أو)، وليس في (ع)، والمثبت أليق بالسياق.

ولأنَّه لم يعلم.

وأنَّه لا يمكنه المطالبة بها مع الغيبة بخلاف الحاضر، والله أعلم.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(وعُهدة الشَّفيع على المشتري).

قال القاضي -رحمه الله-:

وهذا كما قال؛ عُهدة الشفيع على المشتري دون البائع، ودَركُه في الاستحقاق لازم[1] للمشتري، ويرجع الشفيع عليه بالثمن، ويرجع المشتري على البائع بالثمن؛ وسواء أخذ الشِّقْص قبل قبض المشتري إيَّاه أو بعده، في حياة المشتري أو بعد موته.

هذا قولنا، وقول الشافعي[2].

وعند أبي حنيفة: أنَّ الشُّفعة تُؤخذ مِن البائع ومِن المشتري؛ فالعهدة على مَن تُؤخذ منه:

فإنْ [أُخذت مِن المشتري][3]؛ فالعهدة على المشتري.

وإنْ أُخذت مِن البائع؛ فالعهدة على البائع[4].

---

(1) في (ع): (ولازم).

(2) ينظر: المدونة (4/ 218)، والأم (8/ 246).

(3) خرم في (خ)، والمثبت من (ع).

(4) ينظر: الأصل للشيباني (9/ 222).

[وذهب ابن أبي][1] ليلى: إلى أنَّ عهدة الشفيع على البائع بكلِّ وجه[2].

واستدل أصحاب أبي حنيفة بأن [قالوا][3]:

لأنَّ الملك ينفسخ فيما بين البائع والمشتري، وينتقل الملك إلى الشفيع مِن جهة البائع؛ بدليل: أنَّ ملك المشتري زال قبل أنْ يقبضه بغير فِعلٍ منه؛ فكان كهلاك المبيع فيما يصحُّ هلاكه.

وقد ثبت أنَّ هلاك المبيع قَبْل القبض [يُوجب][4] فسخ ملكِ المشتري.

ولأنَّ حقَّ المشتري متأخِّر عن حقِّ الشفيع، وحقُّ الشفيع متقدِّم[5] عليه؛ بدليل أنَّ الشُّفعة تجِب بنفس خروج الشِّقْص مِن ملك البائع قبل دخوله في ملك المشتري.

وإذا ثبت ذلك؛ حصل المبيع مُستَحقًّا مِن يد البائع [بسببٍ متقدِّم على حقِّ المشتري فوجب أنْ يفسخ الملك؛ أصله: إذا [أقام][6] الرجل البينة أنَّه ابتاعه مِن يد البائع][7] قبل المشتري.

ودليلنا هو أنْ نُبيِّن أنَّ الشُّفعة مأخوذة مِن ملك المشتري دون البائع؛ وذلك

(1) خرم في (خ)، والمثبت من (ع).

(2) ينظر: الأوسط (10/ 492).

(3) خرم في (خ)، والمثبت من (ع).

(4) في (خ): (بوجه)، والمثبت من (ع).

(5) في (ع): (مقدم).

(6) في (ع): (قام)، والمثبت أليق بالسياق.

(7) زيادة من (ع).

أنَّ المبيع يحصل في ملك المشتري بنفس العقد إذا كان مُطلَقا مِن غير شرطِ خِيار، فإذا قال البائع: «بعت»، وقال المشتري: «قَبِلتُ»؛ فقد خرج مِن مِلك البائع، ودخل في ملك المشتري مِن غير مراعاة لقبض.

فلو تلفَ عَقيب هذا القول لكان مِن المشتري، ولم ينفسخ بترك القبض.

وإذا صحَّ ذلك وكان الشفيع لا يستحق الأخذ إلا بعد حصول الإيجاب مِن البائع والقبول مِن المشتري؛ فقد صحَّ أنَّه يأخذه مِن المشتري بعد تَقَررِ ملكه عليه، فيجب أنْ تكون العهدة على المشتري؛ لأنَّه مأخوذٌ منه بعد ثبوت ملكه عليه.

ولأنَّه قد ثبت أنَّ ما يحصلُ مِن زيادة أو[1] نماء بعد العقد أنَّه[2] يكون للمشتري؛ ودلَّ ذلك على أنَّ الشِّقص ملك له، وأنَّ ملك البائع منتفٍ عنه.

وإذا ثبت هذا؛ فدليلهم الأول غير مُسلَّمٍ على أصولنا؛ لِما بيَّناه مِن أنَّ الملك مُتقرِّر للمشتري بنفس العقد وإنْ لم يقبضه، وأنَّ هلاكه يكون منه، ولا يفسخ به العقد؛ فزال [ما قالوه][3].

وادِّعاؤهم [تقدم][4] حقِّ الشفيع على المشتري؛ غلطٌ؛ لأنَّهم إنْ أرادوا [أنَّ الشفيع][5] يستحق الأخذ بالشُّفعة بنفس قول البائع: «بعت» قَبل قول

(1) في (ع): (و).

(2) في (ع): (فإنه).

(3) خرم في (خ)، والمثبت من (ع).

(4) في (خ): (بعدم)، والمثبت من (ع).

(5) خرم في (خ)، والمثبت من (ع).

المشتري: «قبلت»؛ فذلك غير صحيح، لأنَّ الشِّقص لا يخرج مِن ملك البائع بنفس الإيجاب ما لم يحصل [قبول ممَّن][1] أوجب له.

فإذا قال المشتري: «قَبلت»؛ فبنفس هذا القول -مع تقدم [407/و] الإيجاب- قد دخل في ملكه، وبنفس حصوله في الملك قد ثبت للشفيع حقُّ المطالبة.

فكيف يُمكن أنْ يقال: إنَّه مستحق بسبب متقدم، وسبب استحقاقه ليس بمصاحب فضلا عن أنْ يكون متقدِّما.

ولا يُشبه هذا إذا ثبت بالبينة [تقدُّمُ][2] بيع البائع الشِّقص قَبل بيعه مِن المشتري؛ لأنَّه إذا كان قد باعه فالابتياع الثاني [لم][3] يدخل في مِلك المشتري؛ لأنَّ البائع باعه ما لا يملكه، فلا نقول: «إنَّ العقد انفسخ»، بل نقول: «وقع مفسوخا».

وفي مسألتنا: باعَ البائع ما يملكه، وبقبول المشتري ما أوجبه له دخل في ملكه، ثمَّ استحق الشفيع الشُّفعة.

فصل:

وما ذكرناه دليلٌ على فسادِ قولِ ابن أبي ليلى[4].

---

(1) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(2) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(3) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(4) أنَّ عهدة الشفيع على البائع بكلِّ وجه.

ولأنَّ الشفيع يبتاع مِن المشتري ما تقرر ملكه عليه، فكانت عهدته عليه؛ أصله: لو باعه مِن أجنبي.

ولأنَّ عهدة الاستحقاق تلزم مَن تتوجه عليه عهدة العيب، فلمَّا كان ذلك لازما للمشتري؛ فكذلك الاستحقاق.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ويُوَقَّف الشفيع؛ فإمَّا أخذ، وإمَّا ترك).

قال القاضي -رحمه الله -:

وهذا لأنَّ المشتري يريد التصرف فيما اشتراه بالبناء والهدم والغرس وغير ذلك ممَّا يتصرف المُلَّاك في أملاكهم، فلا يأمن أنْ يُؤخذ الشِّقص منه بالشُّفعة؛ فله أنْ يُطالب الشفيع بالأخذ أو الترك ليقع تصرفه فيما يعلم أنَّه ملكه، وأنَّه مستقِّر عليه.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ولا تُوهَب الشُّفعة ولا تُباع).

قال القاضي -[رضي الله عنه]-:

وهذا لأنَّ الشُّفعة إنَّما جُعلت للشريك لإزالة الضرر عنه؛ بأنْ يدخل[1]

(1) في (ع): (لا يدخل).

عليه مَن لا يعرف شركته، ولا يختبر معاملته[1].

وربما [طالَبه بالقسمة][2]، واحتاج إلى استئنافِ مَرافقَ؛ فيلحقه في ذلك ضرر؛ وهذا معنًى [يختص بالشريك][3] دون غيره، فلم تجز هبته إيَّاه[4]، ولا بيعها؛ لأنَّه لا يملك نقلها إلى غيره، وإنَّما يملك أنْ يتملَّكه هو نفسُه[5].

ولأنَّه إذا رَضِي بقطعِ حقِّه مِن تملُّك الشِّقص؛ كان المشتري أولى لثبوت ملكه عليه.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(وتُقْسَم بين الشركاء بقَدر الأنْصِباء).

قال القاضي -رحمه الله-:

هذا قولنا وقول الشافعي[6].

وله[7] قول آخر: أنَّها على عدد الرؤوس[8].

---

(1) نقله عن المصنف صالح الهسكوري في شرح الرسالة [81/ب-أزهرية]، والفاكهاني في شرح الرسالة (5/ 381).

(2) خرم في (خ)، والمثبت من (ع).

(3) خرم في (خ)، والمثبت من (ع).

(4) في (ع): (إياها).

(5) في (ع): (بنفسه).

(6) ينظر: المدونة (4/ 215)، والحاوي الكبير (7/ 256).

(7) في (ع): (وللشافعي).

(8) ينظر: الأم (5/ 6).

وهو قول[1] أبي حنيفة[2].

واستدلوا لذلك بأن قالوا: لمَّا وجب في العتق القيمة على عدد الرؤوس كذلك في الشُّفعة؛ لأنَّ الشُّفعة تُستحق بالشركة، كما أنَّ العتق يسري إلى نصيب الشريك بالشركة.

ولأنَّهم شركاء في الملك؛ فوجب تساويهم في قدر ما يستحقونه بالشُّفعة، أصله: إذا اتَّفقت أنصباؤهم.

ولأنَّ الشُّفعة تُستَحَقُّ بأصل الشركة لا بمقدارها، فالشريك بالثلث مساوٍ للشريك بالثلثين [في][3] الملك الذي هو سبب الاستحقاق؛ فلم تكن له مزيَّة عليه.

ولأنَّ رجلين لو جرحَا رجلا؛ جَرحَه أحدهما جرحة واحدة والآخر مائة، ثم مات لَتَساويا [بالتماثل][4] فيما يلزم كل واحد، وإنْ تفاضلَا في المعنى الذي يستحق [به][5] عليهما القَوَد أو الدية؛ كذلك الشركاء في الشُّفعة.

ودليلنا:

أنَّ الشُّفعةَ معنًى يُستفاد بالملك؛ فوجب أنْ يكون معتبرا بالملك لا بعدد المُلَّاك؛ أصله: غلة الدار، وكسب العبد.

---

(1) في (ع): (مذهب).

(2) ينظر: شرح مختصر الطحاوي للجصاص (3/ 358).

(3) في (خ): (و)، والمثبت من (ع).

(4) زيادة من (ع).

(5) زيادة من (ع).

ولأنَّ مرافق الأموال تتنوع على حسب مقادير أملاك الشركاء في القلة والكثرة؛ كالربح في التجارة، وأجرة المساكن وغير ذلك.

ولأنَّ الشُّفعة مستحَقةٌ لإزالة الضرر المتأبد لولاها، ولا يمكن إزالته بحقٍّ واجب، وهو أنْ يطالب المشتري الشريك بالقسمة فيلزمه [ذلك][1] فيدخل عليه الضرر مِن وجوه منها:

نُقصان قيمة نصيبه إذا قَسم [و/ 408].

ولزوم أجرة القسَّام.

[واستحداث][2] مرافِقَ [أُخر][3].

وزيادة مؤونة[4].

ووجدنا هذا الضرر يدخل عليه على حسب ملكه؛ لأنَّ الدار إذا قُسمت تقسطت مؤونة البناء في القسمة[5] على قدر الملك لا على [قدر الرؤوس][6]؛ وإذا كانت[7] الشُّفعة مُستحَقة لهذا وجب أنْ تُستحَق بقدر الملك؛ [لأنَّ هذا]

---

(1) زيادة من (ع).

(2) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(3) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(4) في (ع): (مؤنة).

(5) في (ع): (فقسطت مؤنة البناء بالقسمة).

(6) طمس في عدة مواضع في (خ) مِن هذا الوجه، والمثبت مِن (ع)، واكتفينا بوضعه بين معقوفين دون التنبيه عليه في الهامش.

(7) في (ع): (فإذا كان).

الضرر [إذا وُجد] تَقسَّط[1] بحسب الملك، وكذلك إذا رُفع.

وإذا ثبت هذا:

[فقياسهم على العتق لا نُسلِّمه] على إحدى[2] الروايتين.

وعلى [الرواية][3] الأُخرى؛ [فالفصل] بينه وبين [الشُّفعة تساوي] الضرر بوقوع قليل الحرية وكثيرها.

والشُّفعةُ [يختلف الضرر] فيها بالقلة والكثرة على ما بيَّناه، والمعنى فيه إذا تساوت [أنصباؤهم] تَسَاوِيهم في مقادير الملك، أو لاستوائهم في الضرر [الذي يلحقهم بترك الشُّفعة، وبخلاف] ذلك إذا اختلفت أنصباؤهم.

وقولهم: «[إنَّ] الشُّفعة [تُستحق] بأصل الشركة لا بمقدارها»؛ فهذا لا يمنع أنْ تكون حال الانفراد مخالفة لحال [المزاحمة] والاشتراك، وأنْ يُعتبر في أحد الموضعين مقدار المِلك، [وإنْ لم] يُعتبر في الموضع الآخر.

وأمَّا الرجلان يجرحَان رَجُلا [فيموت؛ فإنَّ] الذي أوجب عليهما [القَوَد] أو الدية فهو ما حدث عن فعلهما مِن خروج [الروح]، مع [تجويز أنْ] تكون [الروح خرجت] عن فعل أحدهما، أو عن [فعلهما] على حدٍّ واحدٍ؛ [إلا أنَّ الظاهر تساويهما] في ذلك؛ فتساويا فيما يجب عليهما [بذلك الفعل.

وفي الشُّفعة بخلاف] ذلك؛ لأنَّ ما به يستحقونها -وهو الملك- فهم[4]

---

(1) في (ع): (تقسطت).

(2) في (ع): (أحد).

(3) زيادة من (ع).

(4) في (ع): (وهم).

[متفاوتون] فيه، والله أعلم [بالصواب][1].

مسألة

قال -رحمه الله-:

(ولا تتمُّ هبة [ولا صدقة ولا حُبُس] إلا بالحيازة[2]؛ [فإن مات قبل] أنْ تُحاز عنه فهو[3] ميراث، إلا أنْ [يكون] ذلك في المرض؛ فذلك نافذٌ [مِن الثُلث، إنْ] كان لغير وارث).

قال القاضي -[رضي الله عنه]-:

أمّا ([الهبة] والصدقة): فلا خلاف في جوازهما وثبوت حكمهما في الشرع.

والأصل في ذلك:

قوله عزَّ وجلَّ: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُ بِٱلۡعَدۡلِ وَٱلۡإِحۡسَٰنِ وَإِيتَآيِٕ ذِي ٱلۡقُرۡبَىٰ﴾[النحل: 90].

وقوله [تعالى ذِكره]: ﴿وَءَاتَى ٱلۡمَالَ عَلَىٰ حُبِّهِۦ ذَوِي ٱلۡقُرۡبَىٰ﴾الآية [البقرة: 177].

وقوله ﷺ: «تهادوا تحابوا[4]»[5].

---

(1) زيادة من (ع).

(2) في (ع): (بحيازة).

(3) في (ع): (فهو له).

(4) في (ع): (تتحابوا).

(5) رواه البخاري في الأدب المفرد (ص: 208)، من حديث أبي هريرة، وقال ابن حجر في التلخيص الحبير (4/ 1982-1983): «إسناده حسن».

وقوله: «لو أُهدي إِليَّ كُراع لقَبِلتُ[1]»[2].

وما رُوي: «أنَّه ﷺ كان يَقبَل الهديَّة ويُثِيبُ عليها»[3].

وقوله: «لا يحلُّ لواهبٍ أنْ يرجع في هبته؛ إلا الوالد[4] فيما يهبه لولده»[5].

وقوله: «الراجع في هبته كالراجع في قيئه»[6].

وحديث النعمان بن بشير، وقوله [ﷺ]: «أَكُلَّ ولدك نحلته [مثل هذا؟][7]»[8].

وقول أبي بكر لعائشة [رضوان الله عليهما]: «إنِّي كنت نحلتك جِدَاد عشرين وَسَقا»[9].

وقوله ﷺ في الصدقة: «اتَّقوا النار ولو بشقِّ تمرة»[10].

---

(1) في (ع): (قَبِلته).

(2) رواه البخاري (5178).

(3) رواه البخاري (2585).

(4) في (ع): (الواهب).

(5) رواه أبو داود (3539) والترمذي (1299) والنسائي (3690) وابن ماجه (2377)، وقال ابن أبي زيد في الذب عن مذهب مالك (2/ 560): «حديث صحيح».

(6) رواه البخاري (2621) ومسلم (1622)، بنحوه.

(7) زيادة من (ع).

(8) رواه البخاري(2586) ومسلم (1623)، واللفظ له.

(9) رواه مالك في الموطأ (2783)، ومن طريقه البيهقي في الكبرى (11948)، به، بمثله في سياق طويل، قال ابن حجر في فتح الباري (5/ 215): «بإسناد صحيح».

(10) رواه البخاري (1417)، ومسلم (1016).

وقوله: «خير الصدقة ما كان عن ظهر غنًى»[1].

وفيه أخبارٌ كثيرة.

ولا خلاف في ذلك.

فأمَّا الحُبُس: فمختلف في جوازه، وله ألفاظ ثلاثة وهي: «الوقف» و«الحُبُس» [و][2] «الصدقة».

فأمَّا الوقف: فإنَّه لا يكون إلا حراما[3] مؤبدا.

وأمَّا الحُبُس: فقد يكون محرَّما وغير محرَّم، فإن جُعل مُحرَّما جاز.

وقد اختلف في ذلك، فنحنُ نذكره ونبيِّن وجهَ صحته.

فصل:

الحُبُس والوقف عندنا صحيح جائز[4] يلزم مِن غير حاجة إلى حُكم حاكم به.

وبه قال الشافعي[5].

والمشهور عن أبي حنيفة وأصحابه: منع الوقف، وأنَّه غير جائز؛ إلا أنَّ أصحابه -في هذا الوقت- يمنعون مِن إطلاق ذلك، ويقولون: هو جائز[6]، ولكن لا يلزم إلا بأحد أمرين:

---

(1) رواه البخاري (1426).

(2) زيادة من (ع) أنسب بالسياق.

(3) في (ع): (محرما).

(4) في (ع): (جائز صحيح).

(5) ينظر: الأم (5/ 121-125).

(6) ينظر: الحجة على أهل المدينة (3/ 46)، ومختصر القدوري (ص: 127-128).

إمَّا بأن يَحكُم به حاكم.

أو بأن [يُوصي][1] به في مرضه أنْ يُوقِفه بعد موته فيصح.

ويكون مِن ثُلث ماله كالوصية؛ إلا أنْ يكون مسجدا أو سقاية، فإنَّ وَقْف ذلك يصحُّ، ولا يحتاج إلى حكم حاكم به.

وإقباض المسجد: هو أنْ يُصلَّى فيه.

واستدل عنه[2]:

بما رواه ابن عباس: أنَّ النبي ﷺ قال: «لا حبس بعد سورة النساء»[3]؛ فبيَّن أنَّ الله فرض الفرائض وقسم المواريث وبيَّن حقَّ كل وارث؛ فمنع الحُبُس [7/أ] بعد ذلك.

وبهذا الإسناد أنَّه ﷺ [409/و] قال: «لا حَبس [عن][4] فرائض الله [تعالى]»[5].

[قالوا][6]: ورُوي عن شُريح أنَّه قال: «جاء محمد ﷺ بإطلاق الحُبُس»[7].

ورُوي: «بمَنعِ الحُبُس»[8].

---

(1) في (خ): (يوفي)، والمثبت من (ع).

(2) في (ع): (عليه).

(3) رواه البيهقي في الكبرى (11906-11908)، من طريق ابن لهيعة عن أخيه عيسى عن عكرمة عن ابن عباس به، بمثله، ونقل عن الدارقطني قوله: «لم يسنده غير ابن لهيعة عن أخيه، وهما ضعيفان»، قال البيهقي: «وهذا اللفظ إنما يعرف من قول شريح القاضي».

(4) في (خ) و(ع): (غير)، والمثبت مصادر التخريج.

(5) هي رواية للحديث قبله.

(6) في (خ): (قال)، والمثبت من (ع).

(7) رواه ابن حزم في المحلى (9/ 177).

(8) رواه البيهقي في الكبرى (11910).

قالوا: ورُوي عن عبد الله بن زيد أنَّه قال: يا رسول الله، تَصَدَّقْتُ على أمي بصدقة وقد ماتت، فقال: «قَبِل الله صدقتك، وعادت إليك»[1].

ومَن يذهب[2] إلى جواز الحُبُس يمنع عَوده إلى الحابس.

قالوا: ولأنَّه إخراج ملك لا إلى ملَّاك[3]؛ فوجب ألَّا يلزم؛ أصله: السائبة.

وإذا قال: «أخرجت هذه الدار مِن مِلكي»، فإنَّها لا تخرج؛ فكذلك مسألتنا[4].

قالوا: ولأنَّها[5] إزالة ملك عن المنفعة فوجب ألَّا يزول ملكه عن الرقبة؛ كالعاريَّة.

والدليل على ما قلناه:

حديث عمر [بن الخطاب -رضي الله عنه-][6] أنَّه قال: «يا رسول الله، إنِّي أصبت مالًا لم أُصِب أعجب إليَّ منه، وأُريد[7] أنْ أتصدق به، فقال له: «حَبِّس الأصل وسبِّل الثمرة»؛ فكتبَ: هذا ما تَصدق به عمر بن الخطاب -صدقة لا تُباع ولا تُوهب ولا تُورث- على الفقراء وذوي القربى وفي سبيل الله وابن

(1) رواه الدارقطني في سننه (4449-4453) من طرق عن بشير بن محمد بن زيد، وأبي بكر بن حزم، عن زيد، وقال: «هو مرسل؛ لأنَّ بشيرًا وأبا بكر لم يُدركا عبد الله بن زيد».

(2) في (ع): (ذهب).

(3) في (ع): (مالك).

(4) في (ع): (في مسألتنا).

(5) في (ع): (ولأنه).

(6) زيادة من (ع).

(7) في (ع): (وإني أريد).

السبيل، لا جناحَ على مَن وَلِيها أنْ يأكل منها بالمعروف»؛ الخبر[1].

فوجه الدلالة منه: أنَّه ﷺ أَذِنَ له في التحبيس؛ و[الحُبُس][2] يقتضي التأبيد.

وعند المخالف: أنَّ ذلك عقد جائز، أيَّ وقت شاء أنْ يرجع فيه رَجَع[3].

ومنه[4] أيضا أنه: «كَتَبَ: لا تُباع ولا تُوهب ولا تُورث»، وذلك بعد علمه ﷺ وإذنه فيه.

وعند المخالف: أنَّها تباعُ وتُوهب وتُورث.

ويدلُّ عليه:

قوله ﷺ: «إنَّكم تظلمون خالدا؛ إنَّه حَبس أدرعه[5] وأعبدَه[6] في سبيل الله»[7].

ويدلُّ على ذلك:

أنَّه إجماع السَّلف؛ لأنَّ أبا بكر وعمر وعثمان وعليًّا ومعاذا وزيد بن ثابت وأبا طلحة وابن عمر وعائشة وحفصة وأم سلمة وغيرهم وقَّفوا الوقوف

---

(1) أخرجه البخاري (2737) ومسلم (1632).

(2) في (خ): (والمحبس)، والمثبت من (ع).

(3) قوله: (رجع) ليس في (ع).

(4) في (ع): (وفيه).

(5) كذا في: (خ) و(ع)، وهو وموافق لما في السنن الكبرى للبيهقي (7368)، ولفظه في الصحيحين ومعظم مصادر التخريج: (أدراعه).

(6) في (ع): (وأعتُده)، قال ابن حجر في فتح الباري (3/ 333): وقيل إنَّ لبعض رواة البخاري: «وأعبده» بالموحدة جمع عبد، حكاه عياض، والأول هو المشهور.

(7) رواه البخاري (1468) ومسلم (983)، بنحوه، في سياق أطول.

المشهورة، ولم يُحفظ عن أحدٍ منهم خلافٌ في ذلك[1][2].

وبذلك أجاب القاسم بن محمد مَن سأله عن الوقف؛ فقال: «أدركت الناس على ما هُم عليه» -يريد: مِن فِعل ذلك [3] وإجازته-.

وبذلك احتجَّ مالك لمَّا ناظره أبو يوسف بحضرة الرشيد، وقال[4]: هذه أحباس رسول الله ﷺ وصدقاته، ينقلها الخلف عن السلف قرنا بعد قرن، فقال حينئذ أبو يوسف: كان أبو حنيفة يقول: إنَّها غير جائزة، وأنا أقول: إنَّها جائزة، ويُقال: إنَّه رجع في الحال عن قول أبي حنيفة إلى الجواز[5].

ولأنَّ حبسَ العقار إذا كان على وجه القربة والطاعة جاز ولزم؛ [أصله: إذا كان مسجدا أو مقبرة.

وإنْ شئت قُلت: «إنَّه حَبسُ أصلٍ على وجه القُربة»، فوجب ألَّا يفتقر وجوبه إلى حكم حاكم][6]؛ أصله: إذا بنى مسجدا ووَقَفه، لا خلاف بيننا أنَّه لا يفتقر إلى حكم حاكم[7].

ونُريد بقولنا: «أصل»: العقار؛ لأنَّ الحيوان وغيره مِن العروض مختلفٌ فيها.

---

(1) في (ع): (خلاف ذلك).

(2) ينظر: السنن الكبرى (6/ 262-267)، ومعرفة السنن والآثار (9/ 41) للبيهقي.

(3) في (ع): (الوقف).

(4) في (ع): (فقال).

(5) ينظر: السنن الكبرى للبيهقي (6/ 269)، والمقدمات الممهدات لابن رشد (2/ 418).

(6) ما بين معقوفين زيادة من (ع).

(7) في (ع): (الحاكم).

ولأنَّه إزالة مِلك على وجه القربة؛ فوجب أنْ يلزم بالقول، أصله: العتق.

ونريد [به][1] في الفرع: إزالة منافع الملك.

ولأنَّه نوعُ مالٍ لو أوصى به لَزِم بعد وفاته، فجاز أنْ يَلزم في[2] حال حياته بفعله؛ أصله: الوصية، ألا ترى أنَّه لو أوصى بشيء يُدفع إلى زيد[3] أو يتصدق به لَزِم.

ويجوز أنْ يلزم في حال حياته بأن يقبضه، وكذلك بالقول إذا لم يكن مِن الموهوب له والمتصدق عليه تراخٍ أو[4] تفريط في القبض.

ولا يمكنهم القول بموجب العلة؛ لأنَّ حكم الحاكم ليس بفعلٍ للمُحبِس.

ولأنَّه إزالة ملك إلى غير مالك قد[5] صَرف منافعه إلى[6] وجوه المعروف والقُرب؛ فأشبه إذا جعل عَرْصته[7] مقبرة أو مسجدا.

ولأنَّه[8] إخراج مِلك إلى الله تعالى تصحُّ الوصية به؛ فأشبه العتق وعقد الجسور وبناء المساجد.

---

(1) زيادة من (ع).

(2) قوله: (في) ليس في (ع).

(3) في (ع): (من يريد).

(4) في (ع): (تراخ ما و).

(5) في (ع): (مع).

(6) في (ع): (في).

(7) في (ع): (عرصة).

(8) في (ع): (أو لأنَّه).

ونريد بكلِّ هذا: إخراج المنافع عن الملك؛ لأنَّ نفس الرقبة عند أصحابنا على [و/ 410] ملك الواقف.

وإذا ثبت هذا؛ فحديث ابن عباس[1] عنه جوابان:

أحدهما: أنَّ المراد به حَبس الزاني[2] البِكر؛ وذلك أنَّ الله [تعالى] قال: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّىٰ يَتَوَفَّاهُنَّ الْمَوْتُ﴾ الآية [النساء:15].

ثم[3] قال النبي ﷺ: «خذوا عني: [البكر بالبكر جلد مائة][4]»[5].

والثاني: وهو المعتمد[6]؛ أنَّ المراد بذلك [منع][7] البَحِيرة والسائبة والحام -وهو ما كانت الجاهلية تفعله-؛ لأنَّ هذه الأشياء كانت حبستها وسبَّلتها[8]؛ لأنَّه لا يُعرف جاهليٌّ حَبَس داره على ولده في وجوه القُرب.

وهذا بالأدلة التي قدَّمناها.

وكذلك تأويل حديث شريح؛ على أنَّ أصحابنا أجابوا عنه بأن قالوا: إنَّه دليل لنا؛ لأنَّ المفهوم مِن قوله: «جاء بإطلاقه»؛ أي: بإجازته ورَفعِ منعه، كما

---

(1) قوله: «لا حبس بعد سورة النساء».

(2) في (ع): (الزانية).

(3) في (ع): (و).

(4) ما بين معقوفين زيادة من (ع).

(5) رواه مسلم (1690).

(6) في (ع): (المعتبر).

(7) في (خ) و(ع): (بيع)، والمثبت أليق بالسياق.

(8) في (ع): (حبسها وتسييبها).

يُقال: «قد أطلقت لك هذا الفعل»؛ أي: أَبَحْتُكَه ورفعت عنك حظره.

فأمَّا حديث عبد الله بن زيد؛ فإنَّه في صدقة[1] تمليك غير وقف، بدليل قوله: «عادت إليك ميراثا».

وعند المخالف: أنَّ الوقف يُورَث عن الواقف لا عن الموقَف[2] عليه، وعلى أنَّ في قوله: «عادت إليكَ [ميراثا][3]» دليلا على خروجها مِن ملكه بالوقف.

وقولهم: «لأنَّه إخراج ملك لا إلى مالك؛ كقوله: أخرجتُ هذه الدار عن مِلكي»؛ غير صحيح، لأنَّ الوصف غير موجود في الأصل، لأنَّ قوله: «أخرجتُ هذه الدار»؛ ليس بإخراج[4] ملك، وينتقض بالعتق.

فإن قالوا: العتق إتلاف مِلك.

قُلنا: كونه كذلك لا يمنع كونه إخراجا؛ لأنَّ الإنسان قد يخرج ملكه إلى الإتلاف وإلى غير الإتلاف.

وكذلك قياسهم على العاريَّة؛ ينتقض بالعتق وببناء[5] المسجد ووَقْفِه.

وبالله التوفيق.

---

(1) في (ع): (صدقته).

(2) في (ع): (الموقوف).

(3) زيادة من (ع).

(4) في (ع): (إخراج).

(5) في (ع): (وبناء).

فصل:

إذا ثبت -بما ذكرناه- جواز الحُبُس ولزومه؛ فمن شرطه القبض، فإن لم يُقبض عنه ولم يخرج عن يده حتى مات؛ فهو باطل، ويكون موروثا عنه.

وإنَّما قلنا ذلك؛ لأنَّه لو صحَّ هذا لكان ذريعة إلى أنْ ينتفع الإنسان بماله حياتَه ثم يخرجه عن ورثته بعد موته؛ وذلك ممنوع.

وبمثله ورد الخبر عن أبي بكر الصديق -رضي الله عنه- حينَ قال لعائشة -[رضي الله عنها]-: «إنِّي كنت نحلتك جِدَاد عشرين وسقا، ولو كنتِ حُزْتيه لكان لكِ، وإنَّما هو اليوم للوارث»[1]؛ فأخبر أنَّ تَرْكها القبضَ مُبطلٌ لعقد الهبة.

فأمَّا إنْ كان بيده يلِي هو عليه ويقسمه في وجوهه ولا ينتفع هو به؛ فإنَّه يصحُّ ويجوز، ولا يبطله بقاؤه في يده.

وكذلك حَبْسه على ولده الصغير ومَن يَلي عليه؛ [فحيازته][2] له حيازة[3].

وإنَّما يبطل ذلك متى كان في يده يَنتفع هو به، ولا يخرجه في الوجوه التي حَبَسَه[4] فيها.

فأمَّا عقد الهبة والصدقة والحُبُس فإنَّه يصحُّ ويلزم وإنْ لم يقارنه القبض،

---

(1) رواه مالك في الموطأ (2783)، ومن طريقه البيهقي في الكبرى (11948)، قال ابن حجر في فتح الباري (5/ 215): «بإسناد صحيح».

(2) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(3) في (ع): (جائزة).

(4) في (ع): (تحبسها).

وليس للواهب الرجوع فيه، ويلزمه إقباضه للموهَب له، فإن امتنع مِن ذلك؛ أُجبر عليه.

ولا يبطل العقد بتراخي[1] القبض، [ما لم يكن مِن][2] الموهوب تراخي[3] فيه وتفريطٍ في المطالبة به.

وقال أبو حنيفة والشافعي: «لا يصحُّ إلا بالقبض، ومتى رَجع الواهب قَبل الإقباض كان[4] له ذلك»[5].

والكلام في هذه المسألة يَرِد مُستوفى[6] في الرهن[7]؛ إلا أنَّا نذكر هاهنا جُمَلا منها.

واستدل المخالفون بأن قالوا: إنَّ ذلك إجماع الصحابة، لِما رُوي عن أبي بكر الصديق أنَّه قال لعائشة -رضوان الله عليهما- في مرضه: «إنِّي كنت نحلتك جِدَاد عشرين وسقا، ولو كنت حُزتيه لكان لك، إنَّما[8] هو اليوم مالُ الوارث»[9]؛ فأخبر أنَّ الهبة إذا لم يُقارنها الإقباض لم تصحَّ، [و][10] ذلك

(1) في (ع): (بتأخير).

(2) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(3) في (ع): (تراخٍ).

(4) في (ع): (فإنَّ).

(5) ينظر: الأصل (3/ 398)، والأم (7/ 600).

(6) في (ع): (مستوفيا).

(7) ينظر ما يأتي (ص: 85).

(8) في (ع): (وإنما).

(9) تقدم تخريجه (ص: 30).

(10) زيادة من (ع).

بحضرة الصحابة، لم يخالف[1] عليه أحد.

وعن عمر [رضي الله عنه] أنَّه قال: «لا تتم النِّحلة[2] إلا بأن يحوزها المنحول»[3].

وعن أنس [رضي الله عنه] أنَّه قال: «لا تصحُّ الهبة إلا بالقبض»[4].

ولم يُحفظ عن أحد خلافٌ في ذلك.

ولأنَّه تمليك عَينٍ بهبة، فوجب ألَّا يصحَّ قبل القبض؛ أصله: إذا مات الواهب.

وقولهم: «تمليك عينٍ» احتراز مِن الوقف؛ لأنَّه تمليك منفعة، وليس بتمليك عين.

ولأنَّ الوارث فرع للموروث لأنَّه يرث عنه، ويملك ما كان يملكه؛ فلمَّا [411/و] لم يلزم الوارث التسليم كان الأصل أولى بأن لا يلزم[5].

ولأنَّه عقد إرفاق مِن شرطه القبول فلم يلزم [بغير][6] القبض؛ أصله: العاريَّة.

---

(1) في (ع): (يخالفه).

(2) في (ع): (الصلة).

(3) ينظر: مصنف عبد الرزاق (16530) مصنف ابن أبي شيبة (20494) (20495).

(4) ينظر: الأوسط لابن المنذر (8828).

(5) في (ع): (يلزمه).

(6) في (خ): (بعين)، والمثبت من (ع).

ودليلنا:

قوله جلَّ وعزَّ: ﴿أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ [المائدة:1]، وهذا عقد؛ فلَزِم الوفاء به.

وقوله ﷺ: «الراجع في هبته كالراجع في قيئه»[1]؛ ولم يفرِّق بين الرجوع قبل الإقباض وبعده.

وقوله: «لا يحل لواهب أنْ يرجع في هبته إلا الوالد لولده»[2]؛ وهذا[3] واهبٌ وإن لم تُقبض منه الهبة فلم يكن له الرجوع في هبته بظاهر الخبر.

قالوا: معناه إذا أقبضه؛ لأنَّه لا تسمى عطية إلا بعد الإقباض، لأنَّ العطية هي ما دُفع[4] إلى المعطى.

وهذا غلط[5]؛ لأنَّ العطية تنطلق فيما قد وجب دفعه وإن لم يدفع؛ كالهبة، يقال: «أعطى فلان فلانا حقَّه»؛ إذا أوجبه له فأحاله به وإنْ لم يقبضه.

ولأنَّه عقدٌ مِن العقود فوجب ألَّا يفتقر انعقاده إلى قبض المعقود عليه؛ أصله: سائر العقود.

ولأنَّه عقد برٍّ وصلة؛ فلم يكن مِن شرط انعقاده الإقباض؛ أصله: الوقف، لا خلاف بيننا: أنَّه إذا وَقَف[6] وقفا فإنَّه يصحُّ ويلزم، وإنْ لم يقبضه مَن وقفه عليه.

---

(1) رواه البخاري (2621) ومسلم (1622) بمعناه.

(2) رواه أبو داود (3539) والترمذي (1299) والنسائي (3690) وابن ماجه (2377)، وقال ابن أبي زيد في الذب عن مذهب مالك (2/ 560): «حديث صحيح».

(3) في (ع): (وهو).

(4) في (ع): (هو ما يدفع).

(5) في (ع): (خطأ).

(6) في (ع): (أوقف).

ولأنَّها عطية؛ فلم يفتقر انعقادها إلى قبضٍ، أصله: الوصية.

وإذا ثبت هذا؛ فما رَوَوْه عن الصحابة يقتضي وجوب الإقباض، وأنَّ التراخي فيه يُؤثِّر في بطلان العقد.

وكذلك نقول: ليس[1] خلافنا في هذا، وإنَّما خلافنا في أنَّه ينعقد مِن غير قبض أم لا؟ وهل يكون للعاقد الرجوع فيه أم لا؟

وحديث أبي بكر: ظاهرهُ: أنَّها فرَّطت في القبض؛ ونحن نقول: إنَّ ذلك يُبطل العقد.

وأمَّا قياسهم عليه إذا مات الواهب؛ فيُنظر فيه:

فإن كان الموهوب [له][2] لم يُفرط في الطلب؛ فإنَّه يلزم الوارث دفعها إلى الموهوب، فالأصل غير مُسلَّم.

وإن كان قد فرَّط؛ فالعقد يبطل بمعنًى طرأ عليه، وهو التراخي عن القبض باختياره وتفريطه.

ولا تأثير لموت الواهب في هذا؛ بدليل أنَّه لو كان حيًّا لبطل العقد أيضا.

واعتبارهم بالوارث؛ باطل، لأنَّه إنَّما لم يلزمه التسليم لبطلان الهبة بالموت وتراخي الموهوب [له][3] عن القبض، ولو صحَّ أنَّه كان مستديما للمطالبة غير متراخٍ عنها لألزمنا الوارث الإقباض.

---

(1) في (ع): (وليس).

(2) زيادة من (ع).

(3) زيادة من (ع).

وعلى أنَّه لا يجب إذا لم يلزم الوارث ألَّا يلزم الموروث؛ لأنَّ الوارث إنَّما يقوم مقام الموروث فيما يصحُّ [أنْ يُورَث][1] عنه، وإنَّما يُورَث عنه ما لَه لا ما عليه.

ألا ترى أنَّه لا يجوز أن يُقال: لمَّا كان الوارث يقوم مقام الموروث جاز أن يُطلِّق زوجته كما كان للموروث أنْ يطلِّقها مِن حيث كان الطلاق لا يورث، وكانت الزوجية زائلة بالموت.

والعاريَّة تلزم عندنا بالقول، ويُجبر المُعِير على الإقباض؛ فسبيلها سبيل مسألتنا، لأنَّها هبة المنافع؛ فهي كهبة الأعيان، والله أعلم.

فصل:

فأمَّا قوله: (إنْ كان الحُبُس في المرض فهو مِن الثُّلُث، وإنْ كان في الصحة فمِن[2] رأس المال)؛ فلأنَّه إذا كان في الصحة فلم يتعلق عليه حَجْرٌ لأحد[3] في ماله لا لوارث ولا غيره، فكانت عطاياه وهباته مِن رأس المال.

وليس كذلك في المرض، لأنَّه محجور عليه لأجل ورثته فيما[4] يفعله، فهو موقوف على الثلث بعد موته؛ لأنَّه ليس له أنْ [يُخرج عنه][5] زيادة على الثلث؛ لأنَّ ذلك تعدٍّ فيما جُعل له.

---

(1) خرم في (خ)، والمثبت من (ع).

(2) في (ع): (فهو من).

(3) في (ع): (عليه حق لأجل حجر).

(4) في (ع): (فما).

(5) في (خ): (خرج عنهم)، والمثبت من (ع).

وإنَّما لم نحكم بتَنْجيزه مِن الثُّلث في الحال لجواز أنْ يتلف الثُلثان الباقيان، ويموت عن هذا المقدار فقط؛ لأنَّ الاعتبار بماله بعد الموت لا قبله، فيؤدي ذلك إلى أنْ تكون الوصايا قد نفذت قبل حصول الثُّلثين للورثة؛ وذلك غير جائز.

فصل:

فأمَّا اشتراطه (أنْ تكون لغير وارث)؛ فلأنَّه إذا كان لوارثٍ كان وصيَّةً له، والوصيَّة للوارث غير جائزة إلا بإذن الورثة، [فمتى][1] حَبَس على وارثٍ نُظِر:

فإن كان وحده لم يجُز، وكان ميراثا بين جميع الورثة إنْ كان مرجعها إليه.

وإن سبَّلها بعده في وجه مِن وجوه التحريم؛ دخل بقية الورثة مع ذلك الوارث فيما يصير له، فإذا انقرض الوارث وصارت[2] إلى الوجه الذي جُعل[3] فيه بعده زال حقُّ جميع الورثة، وانفرد بها ذلك الوجه. [و/412]

مسألة

قال -رحمه الله-:

(والهبة لصلة رحم أو لفقير[4] كالصدقة لا رجوع فيها، ومَن تصدَّق على

(1) في (خ): (فهي)، والمثبت من (ع).

(2) في (ع): (وصار).

(3) في (ع): (جعله).

(4) في (ع): (الرحم وللفقير).

ولده فلا رجوع له، وله أنْ [يَعْتصر][1] ما وَهَب لولده الكبير أو الصغير[2] ما لم يَنْكِح بذلك[3] أو يُداين أو يُحدِث في الهبة حدثا، والأم [تعتصر ما دام الأب حيًّا؛ فإذا مات لم تعتصر، و][4] لا يُعتصر [مِن يتيم][5]، واليتيم مِن قِبل الأب).

قال القاضي -رحمه الله-:

[أمَّا][6] منعه الرجوع في الصدقة؛ فلأنَّها قد خرجت مِن ملكه [على][7] طريق الثواب والقربة وابتغاء وجه الله [تعالى]، وما هذا سبيله؛ فلا رجوع فيه.

وكذلك ما يُوهب للفقراء[8]؛ لا رجوع فيه، لأنَّه إنَّما يُراد به وجه الله [عزَّ وجلَّ] لا عَرَض الدنيا[9].

وكذلك الهبة لصلة رحمٍ[10] جاريةٌ مجرى الصدقة[11]؛ لأنَّ القصد بها القربة والثواب في الآخرة.

---

(1) في (خ): (يقبض)، والمثبت من (ع).

(2) في (ع): (الصغير أو الكبير).

(3) قوله: (بذلك) ليس في (ع).

(4) ما بين معقوفين زيادة من (ع).

(5) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(6) خرم في (خ)، والمثبت من (ع).

(7) في (خ): (عن)، والمثبت من (ع).

(8) في (ع): (وُهب للفقير).

(9) في (ع): (عوض دنيا).

(10) في (ع): (الرحم).

(11) نقله عن المصنف الهسكوري في شرح الرسالة [82/ أ]، والفاكهاني في شرح الرسالة (5/ 384).

ولأنَّها[1] قد صارت حقًّا لله تعالى فلا يجوز الرجوع فيها، وعلى ذلك دلَّ[2] قوله ﷺ لعمر -لما سأله عن الفَرس الذي [حَمَل][3] عليه في سبيل الله فرآه يُباع: «لا تَبِعه[4]، ولا يَعُد إليك»[5].

وإذا ثبت ذلك؛ فلا فرق بين أنْ تكون الصدقة على ولدٍ أو [على][6] أجنبيٍّ؛ لاجتماعهما في أنَّ القصد به وجه الله عزَّ وجلَّ.

فصل:

فأمَّا الأب إذا وَهَب لابنه هبة لا على وجه الصدقة لكن على وجه التمليك، لا لعوض؛ فله أنْ يعتصر[7] على الشروط التي ذكرها.

وبه قال الشافعي[8].

وقال أبو حنيفة: ليس للأب الرجوع فيما يهب لابنه، وكذلك كل ذي رحمٍ مَحْرَم[9].

---

(1) في (ع): (وأنها).

(2) في (ع): (يدل).

(3) في (خ): (جعل)، والمثبت من (ع).

(4) في (ع): (فلا تبتعه).

(5) رواه البخاري (2636) ومسلم (1621[3]).

(6) زيادة من (ع).

(7) قال أبو عبيد في غريب الحديث (4/ 447): كل شيء حبسته ومنعته قد اعتصرته، وقال ابن عرفة: «الاعتصار: ارتجاع المعطي عطيته دون عوض لا بطوع المعطي». [شرح حدود ابن عرفة للرصاع (2/ 559)].

(8) ينظر: مختصر المزني (ص: 182).

(9) ينظر: التجريد (8/ 3821).

واستُدل عنه:

بقوله [ﷺ]: «الراجع في هبته كالراجع في قيئه»[1]، والقيءُ حرام؛ فعمَّ، ولم يخصَّ.

وفي حديث آخر: «كالكلب يعود في قيئه»[2].

ولقوله ﷺ: «لا يحل مالُ امرئ مسلم إلا عن طِيبِ نفسٍ منه»[3].

وهذه الهبة قد صارت مالا للابن.

ولأنَّها هبة لذي رَحمٍ محرم قارنها القبض؛ فلم يكن للواهب الرجوع فيها، أصله: إذا خرجت عن مِلك الابن ثمَّ عادت إليه.

وقياسا [على الابن إذا وهب الأبَ.

وقياسا][4] عليه إذا [وهب][5] منه على طريق الصدقة؛ لأنَّه نوع مِن التمليك.

ودليلنا:

قوله ﷺ: «لا يحلُّ لواهبٍ أنْ يرجع في هبته [إلا الأب][6] فيما يهب

(1) رواه البخاري (2621) ومسلم (1622[7]).

(2) رواه البخاري (3003) ومسلم (1622[8]).

(3) رواه أحمد (23605)، من طريق سهيل بن أبي صالح عن عبد الرحمن بن سعيد عن أبي حُميد الساعدي، به بمثله، قال البيهقي - وقد ذكر للحديث طرقا -: «وإذا ضُمَّ بعضه إلى بعض صار قويًّا، وأصحُّ ما رُوي فيه: حديث أبي حُميد». [معرفة السنن والآثار (8/ 306)].

(4) ما بين معقوفين زيادة من (ع).

(5) في (خ): (ذهب)، والمثبت من (ع).

(6) خرم في (خ)، والمثبت من (ع).

لابنه»[1].

ولا يجوز حملهم الخبر على أنَّ المراد به الهبة [التي][2] لم تعتصر، لأمرين:

أحدهما: أنَّ أول الخبر المراد به الهبة المقبوضة؛ فالاستثناء راجعٌ إليه.

والآخر: أنَّ ذلك يبطل فائدة استثناء الأب مِن الواهبين، وتخصيصه بهذا الحكم.

وحديث النعمان بن بشير لمَّا قال[3] [أبوه][4]: يا رسول الله، إنِّي نحلت ابني هذا [غلاما][5]، فقال: «أَكُلَّ ولدك نحلته [مثل هذا][6]؟» قال: لا، قال: «فأَرجعه»[7]؛ فدلَّ ذلك على أنَّ للأب أنْ يرجع فيما يهب لابنه.

فإن قيل: يحتمل أنْ يكون الولد لم يقبض الهبة.

قيل: لا يجوز ذلك؛ لأنَّه ﷺ لم يستفصل، ولو كان الحكم يختلف لاستفصل.

---

(1) رواه أبو داود (3539) والترمذي (1299) والنسائي (3690) وابن ماجه (2377)، وقال ابن أبي زيد في الذب عن مذهب مالك (2/ 560): «حديث صحيح».

(2) خرم في (خ) وسقط في (ع)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(3) في (ع): (أن قال).

(4) خرم في (خ)، والمثبت من (ع).

(5) زيادة من (ع).

(6) زيادة من (ع).

(7) رواه البخاري (2586) ومسلم (1623).

ولأنَّ الابن كان صغيرا، والهبة للصغير لا تفتقر إلى قبضه[1]؛ لأنَّ الأب يَقبِض له مِن نفسه.

ولأنَّ تعليل الخبر ينفي هذا؛ لأنَّه قال: «أكُلَّ ولدك نحلته؟» قال: لا، قال: «فأرجعه»؛ فدلَّ [على][2] أنَّ ذلك لعدم المساواة لا لعدم القبض.

ولأنَّها[3] هبة لمَن حصل[4] له ماله[5] في الشرع لغير ثواب[6]؛ فكان له الرجوع فيها على وجهٍ، أو ما لم يتعلق حقُّ الغير بها؛ أصلهُ: هبة السيد لعبده، فإنَّما أردنا قوله[7] ﷺ: «أنت ومالك لأبيك»[8]، كما قال في العبد: «فماله[9] للبائع»[10].

ولأنَّ الأب يختص مع الابن بأحكام لا تحصل لغيره؛ منها:

أنَّه يلي على ماله بغير تولية.

وأنَّه لا حدَّ عليه في وطءِ أمَته.

(1) في (ع): (قبض).

(2) زيادة من (ع).

(3) في (ع): (ولأنه).

(4) في (ع): (جعل).

(5) في (ع): (مال).

(6) في (ع): (الثواب).

(7) في (ع): (وإنَّما أراد بقوله).

(8) يروى من طرق معلولة، ينظر تخريجها في «التلخيص الحبير» لابن حجر (5/ 2370).

(9) في (ع): (ماله).

(10) أخرجه البخاري (2379) ومسلم (1543).

وأنَّه يجبرها إنْ كانت بِكرًا على النكاح.

وأنَّه يعتق عليه عبده إذا كان صغيرا في ولايته.

وتلزمه النفقة في ماله.

وجُعل ماله في الشرع له بإضافة التمليك؛ فجاز أنْ يختص بجواز الرجوع في الهبة.

وإذا ثبت هذا؛ فالخبر الأول محمولٌ على غير الوالدين.

والخبر الآخر؛ لا دليل فيه، لأنَّ ما دام للأب حقُّ الرجوع فلا نسميه مالا للابن على الإطلاق؛ كالمبيع[1] بالخيار، لا نقول: إنَّه مالٌ للمشتري على الإطلاق [413/و]، وكذلك مال العبد.

والقياس عليه: إذا دَاين أو تزوَّج؛ فالمعنى فيه: أنَّه قد تعلَّق بذلك حقُّ الغير؛ لأنَّ مَنْ دَاينه إنَّما دَايَنه [على ماله][2].

وكذلك إذا تزوَّج الابن أو البنت، وإنَّما تزوَّجا على ذلك المال؛ فلم يكن للأب إبطال [تعلقِ][3] حقِّ الغير به.

ولا يجوز الاعتبار بهبة الابن للأب؛ لأنَّ الابن أضعف حرمةً مِن الأب مِن الوجوه التي ذكرناها.

والمعنى في الصدقة: أنَّ القصد منها القُربة المجردة؛ وذلك يمنع حقَّ

---

(1) في (ع): (كالبيع).

(2) خرم في (خ)، والمثبت من (ع).

(3) زيادة من (ع).

الرجوع، وليس كذلك الهبة الخالصة؛ لأنَّ القصد بها التحابب والتواصل.

[وكذلك][1] فرَّقوا في الأجنبي بين الصدقة والهبة؛ فأثبتوا له [حقَّ][2] الرجوع في الهبة، ومنعوا ذلك في الصدقة، والله أعلم.

فصل:

فأمَّا تجويزه للأم أنْ تعتصر؛ فلأنَّها أحد الوالدين فكانت كالأب.

ولأنَّ إشفاقها على الولد كإشفاق الأب أو أشد، وهي مشارِكة له في جميع الأحكام التي قَوِي بها إلا قَدْر ما توجبه الذكورية؛ فكان لها الاعتصار كالأب[3].

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(وما وَهَب لابنه الصغير فحيازته له حِيَازَة[4]، ما لم يسكنْ ذلك أو يلبَسْهُ إنْ كان ثوبًا).

قال القاضي -رحمه الله-:

هذا لأنَّه في ولايته، فكانت حيازته له كافية؛ كما لو وَهب غيرُه له شيئًا لكان الأب يحوزه[5] له، وذلك ما لم يسكن الرَّبع أو يلبس الثوب؛ لأنَّه حينئذ

(1) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(2) زيادة من (ع).

(3) نقل الفصل صالح الهسكوري في شرح الرسالة [82/ب].

(4) في (ع): (جائزة).

(5) في (ع): (للأب تحويزه).

[به][1] يعلم أنَّه لم يقبضه لابنه، وإنَّما هو في يده ينتفع به لنفسه على ما كان مِن قبل.

وإنَّما نعلم أنَّه قبضه لابنه إذا أزال[2] يده عنه، ومَنَع نفسه الانتفاع به، ولم يكن عليه إلا يد الحفظ فقط، والله أعلم.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(وإنَّما يجوز له ما يُعرَف بِعَيْنِهِ).

قال القاضي -رحمه الله-:

[إنَّما قال][3] هذا؛ لأنَّ ما لا يُعرف بعينه لا يعلم أنَّه هو الذي وَهَب[4] أو غيره؛ فيكون ذلك طريقا إلى أنْ ينتفع بماله حياته، ثم [ينفرد][5] بعض ورثته به بعد الموت، ويدَّعي أنَّه كان لهم حال الحياة مِن غير أنْ يعلم ذلك بغير قوله، فلا يُقبل منه.

وإذا كان ممَّا يُعرف نفسُه وعُلمت[6] حيازته له؛ جاز.

(1) زيادة من (ع).

(2) في (ع): (زالت).

(3) زيادة من (ع).

(4) في (ع): (وهبه).

(5) في (خ): (يفرد)، والمثبت من (ع).

(6) في (ع): (وإذا كان يعرف بعينه وعرفت).

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(وأمَّا الكبير فلا تجوز حيازَتُهُ له).

قال القاضي -رحمه الله-:

هذا لأنَّه لا ولاية له [عليه؛ فلا تجوز][1] حيازته له، لأنَّ أحدا لا يحوز على غيره إلا أنْ يكون في ولايته أو بوكالة منه.

فأمَّا على غير هذا الوجه؛ فلا تكون حيازة.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله -:

(ولا يَرْجِعُ الرَّجلُ في صدقته، ولا تَرْجِعُ إليه إلَّا بالميراث).

قال القاضي -رحمه الله-:

وهذا لأنَّه قد أخرجها لله -عزَّ وجلَّ- على وجه القربة المجردة؛ وذلك يقطع حقَّ الرجوع فيها.

ويدلُّ عليه:

قوله -جلَّ وعزَّ-: ﴿وَمِنْهُم مَّنْ عَاهَدَ اللَّهَ لَئِنْ آتَانَا مِن فَضْلِهِ لَنَصَّدَّقَنَّ وَلَنَكُونَنَّ مِنَ الصَّالِحِينَ ﴿٧٥﴾ فَلَمَّا آتَاهُم مِّن فَضْلِهِ بَخِلُوا بِهِ وَتَوَلَّوا﴾ الآية [آل عمران:75-76]؛ فذمَّ[2] مَن بَخِلَ بما عاهد مِن الصدقة، والرجوع فيها بمعنى مَنْعِها في الابتداء.

---

(1) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(2) في (ع): (فقد ذم).

ولقوله ﷺ لعمر [رضي الله عنه]: «لا تبتعه ولو باعكه بدرهم»[1].

فإذا ثبتَ أنَّه ليس له الرجوع فيها؛ لم يكن له ذلك بعوض؛ للتُّهمة في ذلك أنْ يكون جَعَل جُعْلا على إنْ عادت إليه[2]، فإن ابتاعها كُره له ذلك ولم يفسخ.

فأمَّا إذا عادت إليه بميراث فيجوز له تملُّكها؛ لأنَّه لا صنع له [في ذلك][3]، والتهمة [منتفية][4] عنه[5].

مسألة

قال -رحمه الله-:

(ولا بأس أنْ يَشْرَبَ مِن لبنِ ما تصدق به، [ولا يشتري ما تصدَّق به][6]).

قال القاضي -[رحمه الله]-:

هذا لأنَّه خفيفٌ، وانتفاعٌ يسير لا خَطَر له؛ فجاز ذلك.

وإنَّما يُمنع مِن الانتفاع المقصود الذي يخاف معه الرجوع في الصدقة، فأمَّا ما يُؤمن ذلك معه[7]؛ فلا بأس به[8].

(1) رواه مسلم (1620).

(2) في (ع): (عليه).

(3) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(4) في (خ): (متيقنة)، والمثبت من (ع).

(5) نقله عن المصنف صالح الهسكوري في شرح الرسالة [83/ أ- أزهرية].

(6) زيادة من (ع).

(7) في (ع): (ما يؤمن من ذلك).

(8) نقله عن المصنف صالح الهسكوري في شرح الرسالة [83/ أ- أزهرية].

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله -:

(والموهوب للعِوَضِ إمَّا [أَثَابَ][1] القِيمةَ أو ردَّ الهبة، فإن فاتت فعليه قيمتها؛ وذلك إذا كان يُرَى أَنَّه أراد الثواب مِن الموهوب له).

قال القاضي -رحمه الله-:

أمَّا إذا عُلِم أنَّه إنَّما وَهَب للثواب؛ فإنَّها لا تُستحق عليه إلا بالإثابة [و/ 414] عليها.

والمرجِعُ في ذلك إلى العُرف؛ فإنْ كان الواهب سلطانا أو ذا حالٍ[2] ومالٍ فوَهب مِن رجلٍ فقيرٍ شيئا[3]؛ فهذا يُعلم أنَّه لم يرد به الثواب، لأنَّ العرف يشهد أنَّ الهبة في هذا الموضع طريقها القُربة أو[4] إيصال النفع إلى الموهوب، لا على وجه العوض.

فإن ادَّعى الواهب له[5] أنَّه أراد الثواب لم يُسمع منه؛ لأنَّه يَدَّعي ما يُخالف العُرف.

وإنْ كان الواهب فقيرا والموهوب[6] له غنيًّا أو سلطانًا؛ فالعُرف يشهد أنَّ

---

(1) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(2) في (ع): (خير).

(3) في (ع): (أشياء).

(4) في (ع): (و).

(5) (له) ليس في (ع).

(6) في (ع): (أو الموهوب).

الواهب قصد الثواب والمعاوضة.

وإنْ أشكل ذلك؛ فالقولُ قولُ الواهب.

وللشافعي -[رحمه الله]- أقوال:

أحدها: أنَّه إذا قال: «[وهبتك][1] هذا العبد بألف درهم»؛ فذلك بيعٌ بلفظ الهبة، لأنَّه قد سمَّى العوض فيصح.

وإن أطلق ولم يقُل شيئًا فهل يقتضي الثواب أم لا؟

على قولين:

أحدهما: أنَّه يقتضي الثواب.

والآخر: أنَّه لا يقتضيه، وهو قول أبي حنيفة[2].

واستدلوا لذلك بأن قالوا:

لأنَّه تمليك بهبة؛ فلم يقتضِ إطلاقه الثواب، أصله: هبة [الأعلى][3] مِن الأدنى، والنظير لنظيره.

قالوا: ولأنَّه تمليكٌ لو كان مِن الأعلى للأدنى لم يقتضِ الثواب؛ فإذا كان مِن الأدنى فلا يقتضي ذلك، أصله: صدقة التطوع.

قالوا: ولأنَّ كلَّ عقدٍ اقتضى عوضًا غير مسمًّى لا فرق فيه بين الأعلى والأدنى؛ كوجوب مهر المثل في النكاح في حال إطلاقه، فلو كانت الهبة

(1) خرم في (خ)، والمثبت من (ع).

(2) ينظر: التجريد للقدوري (8/ 3837)، والمهذب في فقه الإمام الشافعي للشيرازي (2/ 335).

(3) خرم في (خ)، والمثبت من (ع).

تقتضي الثواب بإطلاقها لَاسْتَوَتْ حال الأعلى والأدنى فيه.

ودليلنا:

أنَّ العُرف أصلٌ يُرجع إليه في إثبات ما يقتضي إثباته، ونفيِ ما يقتضي [نفيه][1]، ألا ترى أنَّه يرجع إليه في النقد والسير والحمولة، وغير ذلك ممَّا يتنازع فيه.

وإذا كان الأمر كذلك، وكان العُرف جاريا بأنَّ الفقراء إنَّما تهبُ[2] مِن الغني طلبا للثواب ورجاء للمكافأة؛ قام ذلك مقام الشرط، وكان كالبيِّنة للواهب.

ويدلُّ عليه [أيضًا][3]:

أنَّه ﷺ أعطى الأعرابي حتى رَضِي[4]؛ فدلَّ على[5] أنَّها تقتضي الثواب لاعتباره الرِّضى.

وكذلك قال عمر بن الخطاب في الأب: «إنَّه يرجع في ما وَهب لابنه ما لم يُثب»[6]؛ فدلَّ على أنَّ الهبة تقتضي الثواب.

---

(1) خرم في (خ)، والمثبت من (ع).

(2) في (ع): (الفقير إنَّما يهب).

(3) زيادة من (ع).

(4) رواه أحمد (2687) من حديث ابن عباس، ورواه الترمذي (3945) (3946) وغيره من حديث أبي هريرة.

(5) في (ع): (على ذلك).

(6) رواه عبد الرزاق (16519) (16520) (16524) (16528) من طرق عن عمر، بمعنى مقارب.

فأمَّا اعتبارهم ذلك بهبة الأعلى مِن الأدنى والنظير مِن نظيره؛ فإنَّه شاهدٌ لنا، لأنَّ ذلك إنَّما لم يقتض الثواب لنفي العُرف والعادة له، وجريه بخلافه، وفي مسألتنا فالعُرف يقتضيه ويُثبته فيجب الرجوع إليه.

والسؤال الثاني؛ فاسد الوضع، لأنَّه إبطال لمُوجب العرف في موضع بأنَّه لم يوجب مثله في موضع آخر؛ وذلك باطلٌ، لأنَّ العرف لا [يُؤخذ][1] بالقياس.

وأمَّا صدقة التطوع: فالمعلوم منها أنَّه لا يُراد بها العوض؛ فلذلك [استوى][2] فيها حال الأعلى والأدنى.

واعتبارهم بالنكاح؛ باطلٌ أيضًا، لأنَّ العوض مستحقٌ فيه[3] شرعا، سواء ذكراه أو لم يذكراه؛ لأنَّها لو [أباحت][4] نفسها بغير مهرٍ لم يجز، وليس كذلك في الهبة؛ لأنَّه يجوز أنْ يُراد بها[5] العوض وأنْ لا يراد، والله أعلم.

فصل:

فإذا ثبت هذا؛ فالموهوب له [مخيَّرٌ:][6] إنْ شاء أثابه، وإنْ شاء ردَّها.

[وإنَّما][7] قلنا ذلك؛ لأنَّه عقدُ معاوضة؛ فلا يلزمه إلا باختياره، كسائر

---

(1) في (خ): (يوجد)، والمثبت من (ع).

(2) خرم في (خ)، والمثبت من (ع).

(3) في (ع): (منها).

(4) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(5) في (ع): (منها).

(6) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(7) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

عقود المعاوضات، فإن قَبِلها لَزِمه الثواب.

وقدرُ الثواب: هو ما يتراضيان به، فإن لم يتراضيَا على شيء فله القيمة؛ [لأنَّ][1] ذلك بدلُ هبته.

وأشبهَ هذا نكاح التفويض؛ أنَّه لمَّا كان عقد معاوضة وسكت على[2] مقدار [العوض][3] فيه وجبت القيمة فيه.

ولأصحاب الشافعي أربعة أوجه[4]:

أحدها: أنَّه يلزمه [إرضاء الواهب؛ فإن لم][5] يرضَ بشيء [استردَّ][6] الهبة.

والثاني: القيمة.

والثالث: مقدار المكافأة على مِثلها في العادة.

والرابع: أقل ما يقع عليه الاسم.

وكلُّها [فاسدة إلا][7] القيمة.

فأمَّا ما يدلُّ على فساد اعتبار الرضا: فهو أنَّ الواهب قد لا يرضى بأضعاف

---

(1) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(2) في (ع): (عن).

(3) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(4) ينظر: الحاوي الكبير للماوردي (7/ 550-551)، ونهاية المطلب للجويني (8/ 434-435).

(5) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(6) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(7) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

قيمة الموهوب، فلا يجوز أنْ يلزم [و/415] الموهوب إرضاؤه، ولا أنْ يَرُدَّ السلعة، وقد ثبتَ له فيها حقُّ التمليك.

ولأنَّه عوضٌ عن مُعوَّض فلم يقف على رضى مَن يأخذ العوض؛ أصله: سائر [المعاوضات][1].

ولأنَّ العوض في عقود المعاوضات على ضربين:

مذكور: فيجب القدر الذي ذُكرت[2]؛ كالبياعات وغيرها.

ومسكوتٌ عنه: فتجب قيمة العوض؛ كمهر المثل في نكاح التفويض.

[وأمَّا][3] ما يدلُّ على فساد اعتبار العرف في ذلك: فهو أنَّ العرف إنَّما يعتبر في الموضع الذي يكون له مَدخل فيه.

والمكافأة[4] على الهبات تختلف[5]، [وليست على][6] حدٍّ واحد، ألا ترى أنَّ المَلِك العظيم إذا أهدَى إليه فقيرٌ هديةً تساوي عشرة دراهم فقد يكافئه بما يساوي مائة، وقد يكافئه[7] بما يساوي ألفا، وقد يكافئه بقريب مِن قدر[8]

(1) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(2) في (ع): (ذكر).

(3) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(4) في (ع): (والمكافآت).

(5) في (ع): (مختلفة).

(6) خرم في (خ)، والمثبت من (ع).

(7) في (ع): (يكافئ).

(8) قوله: (قدر) ليس في (ع).

هبته، [وربما][1] حَلَا في نفسه الشيء الموهوب واستطرفه فأثاب عليه على [قدرِ][2] حلاوته [في][3] نفسه؛ فلم يكن لذلك حدٌّ يوقف عنده.

وإذا كان كذلك؛ بطل اعتبار العرف في ذلك لأنَّه لا عُرف فيه.

وأمَّا ما يدلُّ على فساد قوله: «إنَّ أقل ما يتناوله الاسم هو المعتبر»؛ فهو أنَّ العرف ينفي ذلك ويمنعه، لأنَّ العادة فيمَن يهب للثواب أنَّه لطلب زيادة أو قدر قيمة هبته، ويربح المكارمة والمواصلة.

فأمَّا ما يقع عليه الاسم؛ فالعرف ينفيه، ويُعلم أنَّه لم يرض به ولا دخل عليه، وأنَّ ذلك طريق إلى قطع الهبات، ومنع الغرض الذي له تُراد مِن التواصل والتكارم إذا أدى إلى الخسران؛ فكان عدلُ الأمر ما قلناه.

وأمَّا إذا تَلِفت أو تغيَّرت فعليه قيمتها؛ لأنَّ ذلك إذا كان هو الواجب عليه مع بقائها، كان ذلك هو الواجب عليه مع تلفها، والله أعلم بالصواب.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ويُكره أنْ يهب لبعض ولده مالَه كلَّه، فأمَّا الشيء منه فذلك واسع).

قال القاضي -رضي الله عنه-:

الكلام في هذه المسألة مِن ثلاثة أوجه:

(1) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(2) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(3) خرم في (خ)، والمثبت من (ع).

أحدها: وجه الكراهة.

والآخر: أنَّه إنْ فَعَل ذلك مضى.

والثالث: أنَّه يُكره في الكلِّ، ولا [يكره][1] في البعض[2].

فأمَّا وجه الكراهة:

فلحديث النعمان بن بشير عن أبيه الذي رواه مالك[3]، وفيه: أنَّه ﷺ قال: «أتحبُّ أنْ يكونوا لك في البر سواء؟» قال: نعم، قال: «فأرجعه»[4].

ووجه ما نبهَ في الحديث عليه:

وهو أنَّه يُؤدي إلى العقوق والتقاطع، وأنْ يعقَّ الابن الذي لم يهب له الأب مكافأة على ما فعله، ويحسد أخاه على ذلك ويباغضه؛ فيؤدي إلى قطع الرحم والعقوق، وما أدى إلى ذلك ممنوع.

وفي بعض طرق الحديث أنَّه ﷺ قال: «أشهدْ غيري»[5].

فصل:

فأمَّا إذا فعل ذلك؛ فإنَّ الموهوب يملك الهبة، والكراهة لا تمنع نفوذه إذا وقع.

---

(1) في (ع): (تعرف)، والمثبت أليق بالسياق.

(2) نقله عن المصنف صالح الهسكوري في شرح الرسالة [84/ أ- أزهرية].

(3) في الموطأ (2782) بنحوه.

(4) رواه مسلم (1623[17]) بفظ قريب.

(5) رواه مسلم (1623[17]).

وقال أحمد وداود: «لا تصح»[1].

لقوله ﷺ: «فأرجعه»[2]؛ فبيَّن أنَّ علة رجوعه عدم التسوية، لو كانت قد تمَّت لم يكن له الرجوع.

ورُوي أنَّه ﷺ قال: «أَشهد غيري؛ فإنَّه جور»[3]، واجتنابُ الجور واجبٌ.

ولقوله ﷺ : «وسووا بين أولادكم في الهبة»[4]؛ وهذا أمرٌ.

ولأنَّه لمَّا مَنعَ مِن الوصية للوارث لأنَّ فيه تفضيل بعض الورثة على بعض؛ كذلك في الهبة.

ودليلنا:

قوله ﷺ -في حديث النعمان بن بشير لما نَحَله أبوه-: «أَكُلَّ ولدك نَحَلْته مثل هذا؟» قال: لا، قال: «فأرجعه»[5]؛ فلولا أنَّ العطية قد صحَّت وإلَّا لم يصحَّ الأمر باسترجاعها.

فإن قيل: هذا دليلنا؛ لأنَّه أمره بالردِّ.

قلنا: لأنَّه خَالفَ المستحب والأولى وفَعلَ المكروه، وعلى ذلك قوله: «أَشهد غيري»[6]؛ ولو لم يكن صحيحا لم يأمره [و/416] بالإشهاد، وإنَّما وجه

---

(1) المغني لابن قدامة (8/ 256)، معالم السنن للخطابي (3/ 171-172).

(2) رواه البخاري (2586) ومسلم (1623 [9]).

(3) رواه البخاري (2650) ومسلم (1623 [14]).

(4) رواه الطحاوي في شرح معاني الآثار (4/ 86).

(5) رواه البخاري (2586) ومسلم (1623 [9]).

(6) رواه البخاري (2650) ومسلم (1623 [14]).

امتناعه أنَّه لا يحب أنْ يشهد على فعل المكروه، وليكون امتناعه مِن ذلك داعية إلى تجنب الناس له، وامتناعهم منه.

وقوله: «إنَّه جور»، أراد به: أنَّه بخلاف ما يقتضيه صوابُ الرأي وحسن التدبير.

ويدلُّ عليه:

حديث أبي بكر الصديق -رضي الله عنه-: «أَنَّه خصَّ عائشة بأن نَحَلَ لها جِدَاد عشرين وسقا مِن ماله»[1]؛ ولم يُنقَل عن أحدٍ إنكار ذلك، ورُوي عن غيره أيضًا.

ولأنَّ كلَّ مَن جاز أنْ يمنعه[2] العطية جاز أنْ يخصَّه بها؛ كالأجانب.

وأخبارهم؛ محمولةٌ على الندب.

واعتبارهم بالوصية؛ لا معنى له، لأنَّ حال المرض أو الموت قد تعلَّق فيها حقُّ الحجر لورثته، وليس كذلك حال الصحة؛ لأنَّه لا حَجر عليه لأحد، وكان هو المتصرف.

فصل:

فأمَّا إذا خصَّه بشيء مِن ماله فلا يُكره؛ لِما رويناه عن أبي بكر الصديق.

ولأنَّه يمكنه أنْ يفعل ذلك ببقية أولاده، ولا يُؤدي إلى ما يُكره مِن الحسد والعقوق.

---

(1) رواه مالك في الموطأ (2783)، ومن طريقه البيهقي في الكبرى (11948)، به، بمثله في سياق طويل، قال ابن حجر في فتح الباري (5/ 215): «بإسناد صحيح».

(2) كذا في (ع)، ويحتمل أن تكون: (يمنحه) للتشابه في الرسم.

ولأنَّ حكم اليسير مخالفٌ حكم الجملة والكثير لقُرب الأمر فيه، ولصغر الخطر الذي يُخاف منه.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ولا بأس أنْ يتصدق على الفقراء بمالِهِ كلِّه لله تعالى).

قال القاضي -رضي الله عنه-:

هذا لأنَّ ذلك فعل خيرٍ وقربة، وقد ندب الله ورسوله إلى الصدقة والتقرب إليه، وقال تعالى: ﴿إِن تُبْدُوا۟ ٱلصَّدَقَٰتِ فَنِعِمَّا هِىَ ۖ وَإِن تُخْفُوهَا وَتُؤْتُوهَا ٱلْفُقَرَآءَ فَهُوَ خَيْرٌ لَّكُمْ ۚ وَيُكَفِّرُ عَنكُم مِّن سَيِّـَٔاتِكُمْ﴾ [البقرة:271].

وقال: ﴿وَٱلْمُتَصَدِّقِينَ وَٱلْمُتَصَدِّقَٰتِ﴾ [الأحزاب:35].

وقال: ﴿ٱلَّذِى يُؤْتِى مَالَهُۥ يَتَزَكَّىٰ﴾ [الليل:18].

وقال النبي ﷺ للنساء: «تصدَّقنَ [ولو][1] مِن حليِّكنَّ»[2].

وقال: «خيرُ الصدقة ما كان عن ظهر غِنى»[3].

والأخبار في ذلك كثيرة.

ولأنَّه لَمَا جاز أنْ يتصدق ببعض ماله جاز أنْ يتصدق بجميعه؛ لأنَّه لا حَجْر عليه.

---

(1) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(2) رواه البخاري (1466) ومسلم (1000 [46]).

(3) رواه البخاري (1426) ومسلم (1034).

وقال تعالى في صفة أوليائه: ﴿وَيُؤْثِرُونَ عَلَىٰٓ أَنفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ﴾ [الحشر:9].

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ومَن وُهِبَ هبة فلم يَحُزها المَوهوب [1] حتى مرض الواهب أو أُفْلِسَ[2] فليس له حينئذ قبضُها، ولو مات الموهوب كان لورثته القيام فيها على الواهب الصحيح).

قال القاضي -رحمه الله-:

اعلم أنَّ هذا مبنيٌّ على ما قدمناه في عقد الهبة؛ وهو أنَّه ليس بمحتاج[3] إلى القبض، ولكن لا يستقر ولا ينبرم إلا بالقبض؛ فإذا وهب منه شيئًا:

فإنْ أقبضه إيَّاه؛ انبرم العقد وصحَّ.

وإن امتنع مِن إقباضه إيَّاه حتى مات؛ فإن أَخَّر الموهوب له المطالبة به وفرَّط فيه فلا شيء له.

وكذلك إنْ أفلس[4] الواهب؛ لأنَّ العقد قد بطل بتراخي القبض مع اختيار الموهوب لذلك، وإذا بطل صار بعد الفلس للغرماء، وبعد الموت ميراثا، ولا شيءَ للموهوب فيه.

---

(1) في (ع) زيادة: (له).

(2) في (ع): (فُلِّسَ).

(3) في (ع): (يحتاج).

(4) في (ع): (فلس).

وكذلك لو لم يطالبه[1] بالإقباض، ولا منعه الواهب منه إلا أنَّه تركه حتى مات الواهب أو أفلس؛ فلا [حقَّ للموهوب][2].

وإنْ كان الموهوب له لم يَزَل مُطالِبا بها حتى مات الواهب فذلك له، ولا يكون ميراثا؛ لأنَّ العقد لم يبطل، وقد وجبت له بالعقد فيحكم له بها.

وكذلك بعد الفلس إذا عُلم أنَّه لم يزل مُطالَبا بها؛ فإنْ لم يُعلم ذلك إلا بقوله أو بقول الواهب بعد الفلس فلا يُقبل، [وهي][3] للغرماء كسائر ماله؛ لأنَّ حقوق الغرماء لا تبطلُ بإقرار المُفلس بعد الفلس.

وإنْ مات الموهوب وهو على المطالبة؛ فلورثته مِن ذلك ما كان له، لأنَّ ذلك حقٌّ متروكٌ [له فوَرِثه][4] عنه ورثته؛ كسائر حقوقه.

وحكمُ مرض الواهب وفَلسه واحدٌ لثبوت الحجر عليه في الحالين، والله أعلم.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ومَن حَبَّس دارا فهي على ما جعلها [5] إنْ حيزت قبل موته، ولو كانت حُبُسا على ولده الصغير جازت حيازته له إلى أنْ يبلُغ [و/417]**، وليُكْرِها[6] له**

---

(1) في (ع): (إن لم يطلبه).

(2) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(3) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(4) خرم في (خ)، والمثبت من (ع).

(5) في (ع) زيادة: (عليه).

(6) في (ع): (وليكريها).

ولا يسكنْها، فإنْ [لم][1] يَدَع سُكناها حتى مات بَطَلَتْ).

قال القاضي -رحمه الله-:

اعلم أنَّ مِن شرط صحة الحُبُس والوقف -عندنا- أنْ يُقبض، فإن لم يخرجه عن[2] يده حتى مات فإنَّه باطل؛ إلا أنْ يكون في يده يتولى هو صرفه في [وجهه][3]، ولا ينتفع بشيء منه؛ فيجوز[4].

وكذلك إنْ[5] حَبس على ولده الصغير فحيازته له حيازة[6]؛ لأنَّه في ولايته، وقد تقدَّم هذا.

ولا يجوز له أنْ يسكن ما وَقَّفه على ولده [الصغير][7]؛ لأنَّ ذلك ذريعة إلى أنْ ينتفع بماله حياتَه ثم يخرجه عن ورثته بعد موته؛ فوجَبَ حَسْمُ الباب، فمنع ذلك منه[8].

فأمَّا أنْ يسكن[9] مِن الحُبُس شيئا يسيرا، كالبيت[10] مِن الدار وما أشبهه؛

---

(1) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(2) في (ع): (من).

(3) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(4) نقله عن المصنف صالح الهسكوري في شرح الرسالة [84/ ب-أزهرية].

(5) في (ع): (لو).

(6) في (ع): (جائزة).

(7) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(8) في (ع): (فمنع لذلك).

(9) في (ع): (إن سكن).

(10) في (ع): (كالثلث).

فإنَّ الحُبُس يجوز كله ما سكنه، وما لم يسكنه.

وكذلك إذا كان الحُبُس دورا عدة فسكن يسيرا منها جازت كلُّها، وإنْ سَكن كثيرا منها بطلت كلها، ما سكنه وما لم يسكنه.

هذا قول مالك -[رحمه الله]-.

وقال ابن القاسم: يبطل ما سكنه قليلا كان أو كثيرا، وينفذ ما لم يسكنه قليلا كان أو كثيرا[1].

فوجه قول مالك -[رضي الله عنه]-: أنَّه إذا سكن اليسير فلا يُتَّهم أنْ يريد الانتفاع بماله حياتَه وصرفه عن ورثته بعده؛ لأنَّ القدر الذي انتفع به لا يُتَّهم في مثله لقِلته.

وإذا كان كذلك؛ جاز كله، ما سكنه وما لم يسكنه.

ولأنَّ الإنسان قد رُخِّص له في الانتفاع باليسير ممَّا أخرجه عن ملكه لله تعالى، [كرُكُوبِ][2] الهدي والأكل مِن الواجب منه[3] وشُرب لبنه، وما أشبه ذلك.

ووجه قول [ابن القاسم]: هو أنَّه إنَّما وُجد الفساد][4] في القدر الذي سكن[5] فوجب أنْ يقتصر [بالفساد][6] عليه، وأنْ لا يتعدى إلى غيره؛ لأنَّ مِن تعديه[7]

(1) ينظر: التفريع (2/ 367)، والنوادر والزيادات (12/ 114-117).

(2) خرم في (خ)، والمثبت من (ع).

(3) في (ع): (الهدي الواجب والأكل منه).

(4) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(5) في (ع): (سكنه).

(6) خرم في (خ)، والمثبت من (ع).

(7) في (ع): (في تعديته).

إلى غيره؛ إفسادُ الصحيح بفساد غيره، وترك إفساد الفاسد لصحة غيره؛ وكلُّ ذلك باطلٌ، والله أعلم.

مسألة

قال -رحمه الله -:

(وإنْ انقرض مَن حُبِّست[1] عليه رجعت حُبُسا على أقرب الناس بالمُحبِّس يوم المَرجِع).

قال القاضي -رحمه الله-:

هذا في الحُبُس المُحرم، وإنَّما وجب أنْ يرجع على مَن [ذكر؛ لأنَّ][2] الأقارب أولى بالصدقة إذا كانوا محتاجين مِن الأجانب؛ لقوله جلَّ وعزَّ: ﴿وَٱلۡأَقۡرَبِينَ﴾ [البقرة:215].

[وقوله][3] ﷺ لأبي طلحة: «اجعلها في الأقربين»[4].

وقوله: «لا يقبل الله صدقة وذو رحمٍ محتاجٌ»[5].

ولأنَّ في ذلك صلة الرحم والقُربة، فكان أولى مِن القُربة التي لا تكون معها صلة رحم.

---

(1) في (ع): (حبس).

(2) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(3) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(4) رواه البخاري (1461) ومسلم (998).

(5) رواه ابن أبي شيبة (10645) من قول مجاهد موقوفا عليه، ورواه الطبراني في الأوسط (8/ 346) من حديث أبي هريرة مرفوعا، بمعناه، قال الهيثمي في مجمع الزوائد (3/ 117): «فيه عبد الله بن عامر الأسلمي وهو ضعيف، وقال أبو حاتم: ليس بالمتروك، وبقية رجاله ثقات».

فأمَّا الحُبُس الذي ليس بمُحرم فإنَّه يرجع مِلكا للمحبِّس إنْ كان حيًّا أو إلى ورثته إنْ كان ميِّتا؛ لأنَّه باقٍ على ملكه لم يزل عنه(1).

مَسۡأَلَةٌ

قال -رحمه الله -:

(ومَن أَعْمَر رجلًا حياتَه دارًا رجعت بعد موت الساكن مِلكا لربِّها، وكذلك إنْ أَعْمَر عَقِبَهُ فانقرضوا، بخلاف الحُبُس، فإنْ مات المُعْمِر يومئذ كان(2) لورثته يوم موته مِلكًا).

قال القاضي -رحمه الله-:

عندنا أنَّ العُمرى تمليك للمنافع لا لعين الرقبة، فإنْ أطلق المُعمِّر فقال: «قد أعمرتُك هذه الدار حياتك»، ولم يقل: «لعَقِبك»؛ فإنَّ المُعمَّر يسكنها، فإذا مات رجعت إلى صاحبها، ولم تكن لورثة المُعمَّر(3).

وإنْ قال: «ولعقبك»؛ سكنها عقبه ثمَّ إذا [انقرضوا](4) رجعت إلى المُعمِّر أو إلى ورثته ملكا.

وعند الشافعي: أنَّه إذا قال: «أعمرتك»، ولم يقل: «لعقبك»(5)؛ رجعت إلى المُعمِّر، مثل قولنا.

---

(1) نقله عن المصنف صالح الهسكوري في شرح الرسالة [85/ أ-أزهرية].

(2) في (ع): (كانت).

(3) نقله عن المصنف صالح الهسكوري في شرح الرسالة [85/ ب-أزهرية].

(4) في (خ): (انقرض)، والمثبت من (ع).

(5) في (ع): (ولعقبك).

وقال في الحديث[1]: تكون للمُعمَّر ولورثته مِن بعده، ثمَّ لبيت المال.

فأمَّا إنْ[2] قال: «لك ولعقبك»؛ فإنَّها تكون له ولعقبه، فإذا انقرضوا فلِبيت المال؛ قولٌ واحدٌ[3].

فالدليل على ما قلناه:

أنَّ المالك إنَّما مَلَّكه المنفعة دون الرقبة، بدليل أنَّ اشتقاقها مِن العُمر، والرقبة [و/ 418] لا يصحُّ تمليكها معلقا بالعُمر، وإنَّما يصحُّ ذلك في المنافع، ألا ترى [لو][4] قال له: «قد ملكتك رقبة هذه الدار عُمرك أو حياتك أو ما دُمت حيًّا»؛ لم يصحَّ ذلك، ولم يملكها.

ويُبيِّن ذلك:

أنَّه لو علَّق ذلك بعُمُرِ غيره، فقال: «ملَّكتك هذه الدار مدة عُمُر فلانٍ»؛ أنَّ ذلك ليس بتمليكٍ للرقبة، وإنَّما هو تمليك لمنافع السُّكنى فقط.

فلا فرق بين تعليق ذلك بعُمُر المُعمَّر وبين تعليقه بعُمُر غيره.

فأمَّا إذا لم يذكر العَقِب؛ فإنَّها لا يكون للعَقِب فيها شيء، لأنَّ المُعمِّر لم يشترطهم [فلا][5] يلزمه إلا ما شَرَط[6] على نفسه.

(1) في (ع): (الجديد).

(2) في (ع): (فإن).

(3) ينظر: الأم (8/ 591-595)، والمهذب للشيرازي (2/ 336-337).

(4) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(5) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(6) في (ع): (شرطه).

فأمَّا الحديث الذي رواه مالك أنَّ رسول الله ﷺ قال: «مَن أعمر عُمرى له ولعقبه فإنَّها للذي أعطيها، لا ترجع إلى الذي أعطاها؛ لأنَّه أعطى عطاءً وقعت فيه المواريث»[1]؛ فإنَّه يدلُّ على ما نقوله[2]: مِن أنَّه أراد مِلك المنفعة بالسُّكنى، لا مِلك الرقبة، وهو الذي مَنع رجوعه إلى المُعمِّر -يريد: رجوع المنفعة-؛ لأنَّ مفهوم تعليقه بالعُمر أنَّه للمنفعة دون الرقبة.

على ذلك تأوَّله أهل العلم.

فصل:

فأمَّا قوله: (بخلاف الحُبُس)؛ فالفرق بينهما:

أنَّ الحُبُس تحريم للرقبة وإخراج لمنافعها عن ملكه لا إلى مالك مُعيَّن -أعني: التأبيد-، فإذا مات المُحبَّس عليه وانقرض هو وعقبه -إنْ كان حُبسًا عليه وعليهم- لم يعد ملكا للمُحبِّس؛ لأنَّ الحُبُس المُحرَّم لا يرجع ملكًا بعد خروجه -أعني: ملك منافعه-.

وليس كذلك التعمير؛ لأنَّه ليس فيه تحريم للرقبة وإخراج[3] لها عن الملك، وإنَّما هو تمليك للسكنى مدة مجهولة، فإذا انقضت المدة عادت المنافع إلى المالك أو إلى ورثته، فأمَّا الرقبة فإنَّها لم تزُل عن ملكه.

والله أعلم.

---

(1) رواه مالك (2797)، ومن طريقه مسلم (1625 [20])، من طريق أبي سلمة بن عبد الرحمن عن جابر، وفي رواية مسلم (1625[24]) أن قوله: «لأنه أعطى ...» من كلام أبي سلمة غير مرفوع.

(2) في (ع): (نقول).

(3) في (ع): (ولا إخراج).

مسألة

قال -رحمه الله-:

(ومَن مات مِن أهل الحُبُس فنصيبه يرجع[1] على مَن بَقِي).

قال القاضي -رحمه الله-:

اعلم أنَّ هذا على ضربين:

أحدهما: أنْ يكون [الشيء][2] المُحبَّس ممَّا يتجزأ وينقسم.

والآخر: أنْ يكون ممَّا لا يتجزأ ولا ينقسم.

فإن كان ممَّا يتجزأ أو ينقسم، كالغلة والثمرة[3] وما أشبه ذلك؛ فإنَّ بعض أهل الحُبُس إذا مات لا يرجع [نصيبه على][4] باقيهم، بل يكون في الوجه الذي جُعل فيه بعدهم، إلا أنْ يبين[5] المُحبِّس.

وإنْ كان ممَّا لا يتجزأ ولا ينقسم كالعبد والدابة؛ ففيه روايتان:

إحداهما: أنَّ نصيب الميت يرجع على مَن بقي؛ فإذا انقرض[6] جميعهم صار في الوجه[7] الذي جُعل فيه بعدهم.

---

(1) قوله: (يرجع) ليس في (ع).

(2) زيادة من (ع).

(3) في (ع): (الثمر).

(4) خرم في (خ)، والمثبت من (ع).

(5) في (ع): (يتبين).

(6) في (ع): (انقرضوا).

(7) في (ع): (للوجه).

والأُخرى[1]: أنَّه كالذي يتجزأ وينقسم؛ ترجع[2] حصة الميت إلى[3] الوجه الذي جعل فيه بعدهم، ولا ترجع إلى مَن بقي مِن أهل الحُبُس[4].

فأمَّا الدلالة على أنَّه إذا كان ممَّا يتجزأ وينقسم؛ فإنَّ حصة الميت لا تعود إلى مَن بقي معه، فهي:

أنَّ المُحبِّس [إذا][5] شَرَط كونها في الوجه الآخر بَعْدَهم تناول[6] ذلك بَعْدَ كلِّ واحد منهم، ولم يُفهم مِن اللفظ بَعْدَ جميعهم فقط؛ لأنَّ اللفظ يعمُّ بَعْدَهم على الجملة والتفصيل.

ولأنَّ الحُبُس إنَّما يتناول كلَّ واحد بقَدْر ما يختصُّه[7] مع شركائه، ولم يجعل له على الانفراد؛ وذلك يقتضي أنْ يكون نصيبه بعد موت أصحابه هو نصيبه قبلهم.

وأمَّا إذا كان ممَّا لا ينقسم كالعبد والدابة؛ فإذا[8] قلنا: إنَّ حصة الميت لا تعود على الباقين؛ فوجهه ما ذكرناه.

وإذا قلنا: إنَّها تعود على مَن بقي؛ فوجهه: أنَّ المُحبِّس لَمَا قال: «إنَّها

---

(1) في (ع): (والآخر).

(2) في (ع): (فترجع).

(3) في (ع): (في).

(4) ينظر: التفريع (2/ 364).

(5) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(6) في (ع): (يتناول).

(7) في (ع): (يخصه).

(8) في (ع): (فإن).

بَعْدَهم»[1] في الوجه الذي جعله؛ أفاد ذلك أنَّها تصير إلى ذلك الوجه منفردة به لا حقَّ فيها للوجه الأول.

وليس يمكن ذلك إلا بموتِ الجميع؛ لأنَّ ما دام بعضهم حيًّا فحقُّه باقٍ فيها بالمنفعة المشتركة، وشرطُ الميت ينفي الاشتراك.

وليس كذلك [419/و] إذا كان كالغلة والثمرة؛ لأنَّ كلَّ حصة منفردة متميزة عن[2] غيرها؛ فبانَ الفرق بينهما.

وإنْ حَبَّسَ عليهما مسكنا؛ فهو على وجهين:

إنْ حبَّسه للغلة[3]؛ فرواية واحدة: أنَّ حصة الميت لا تعود على الباقي[4].

وإنْ حبَّسه عليهما ليسكناه[5]؛ فعلى روايتين، [وبالله التوفيق][6].

مَسْأَلَة

قال -رحمه الله-:

(ويؤثَر في الحُبُس أهل الحاجة بالسُّكنى والغَلَة، ومَن سكن فلا يَخرُج لغيره إلا أنْ يكون في أصل الحُبُس شرط [فيُمْضَى][7]).

---

(1) في (ع): (بعده).

(2) في (ع): (تتميز على).

(3) في (ع): (إن حبس الغلة).

(4) في (ع): (الباقين).

(5) في (ع): (عليهم لسكناه).

(6) ينظر: التهذيب في اختصار المدونة لابن البراذعي (4/ 335).

(7) زيادة من (ع).

قال القاضي -[رضي الله عنه]-:

وهذا لأنَّ قصد المُحبِّس هو القربة[1] وسدُّ الخَلَّة والحاجة[2]، فوجب أنْ يكون القسم بين أهل الحُبُس على هذا الوجه؛ لأنَّه الذي قصده الواقف، لأنَّ[3] الحُبُس والوقف إنَّما يُراد به القُربة والثواب وابتغاء وجه الله تعالى.

وإذا كان كذلك؛ وجب أنْ يكون أشدهم استحقاقا أكثر نصيبا مِن غيره، لأنَّه أَدخَلُ في المعنى الذي عُلِّق الاستحقاق به في هذا إذا أطلق ولم يقيِّد.

وأمَّا إنْ قدَّر أو عيَّن؛ فإنَّه يُصرف على الوجه الذي قدره، لأنَّه قد أبان عن مراده، فكان ذلك على ما شرطه.

وعلى هذا قال: (إنَّ مَن سكن لم[4] يخرُج لغيره)؛ لأنَّه سكن بحقٍّ، فكان أولى مِن غيره للسَّبق، لأنَّه ليس بعضهم بأولى مِن بعض إلا أنْ يكون شُرِط في أصل الحُبُس شَرطٌ فيكون متعيِّنًا على الشرط.

مَسْألَةٌ

قال -رحمه الله -:

(ولا يُباع الحُبُس وإنْ خَرِب، ويُباع الفرس الحُبُس يَكلَبُ[5]، ويُجعل ثمنه في

---

(1) في شرح الهسكوري [86/ أ] والفاكهاني (5/ 404) على الرسالة نقلا عن المصنف: (الغنية).

(2) قوله: (الحاجة) ليس في (ع).

(3) في (ع): (ولأنَّ).

(4) في (ع): (فلا).

(5) في (ع): (المحبس بكَلَب)، قال الفاكهاني: «هو أن يأخذه شبه جنون».[شرح الرسالة (5/ 405)]

مثله أو يُعان به في مثله[1]، واختُلف في المعاوضة بالرَّبْع الخَرِبِ برَبْعٍ غيرِ خَرِبٍ).

قال القاضي -رحمه الله-:

اعلم أنَّ الكلام في بيع الفرس مبنيٌّ على جواز حبس الحيوان أو منعه.

وقد اختلف قول مالك في حبس غير الأرضين والعقار مِن الحيوان والعروض -أعني الحُبُس المحرم-؛ فعنه في ذلك روايتان:

إحداهما: الصحة.

والأخرى: المنع[2].

وقال بعض أصحابنا: لم يختلف قوله في جواز حبس الخيل في سبيل الله، وإنَّما اختَلف في [جواز][3] غير الخيل مِن الماشية والعبيد[4].

فإذا قلنا: إنَّه يجوز؛ فوجهه:

قوله ﷺ: «إنَّكم تظلمون خالد؛ إنَّه حَبس أدرعه وأعتُده في سبيل الله»[5]، والأعتُد: الخيل.

وما رُوي: أنَّ أبا مَعْقِل وقف بعيرا له، فقيل لرسول الله ﷺ فلم ينكره[6].

---

(1) في (ع): (فيه).

(2) نقله عن المصنف صالح الهسكوري في شرح الرسالة [86/ أ-أزهرية].

(3) زيادة من (ع).

(4) ينظر: التفريع (2/ 366)، والنوادر والزيادات (12/ 101)

(5) رواه البخاري (1468) ومسلم (983)، بنحوه، في سياق أطول.

(6) رواه أبو داود (1988) (1989) (1990)، بمعناه، وفي أسانيده اختلاف كثير، وقال الدارقطني في العلل (13/ 283): «الحديث يصح عن أبي معقل وأم معقل، وأنهما شافها النبي ﷺ بالسؤال».

وأنَّ أم معقل قالت: يا رسول الله، إنِّي أُريد الحج، وإنَّه وقف[1] في السبيل، أفأركبه؟ فقال: «اركبيه؛ فإنَّ الحج مِن سبيل الله»[2].

ولأنَّه أصلٌ يبقى ويصحُّ[3] الانتفاع به؛ فأشبه العقار.

وإذا قلنا: لا يجوز؛ فلأنَّ الحُبُس والوقف إنَّما يُراد للدوام والتأبيد والانتفاع به، وذلك لا يكون[4] إلَّا في العقار؛ فلم يجز في غيره ممَّا يتغير ولا يدوم.

ألا ترى أنَّ الشُّفعة لمَّا استُحقت لإزالة الضرر على وجه الدوام اختصت بالعقار دون غيره؛ لأنَّ الدوام لا يوجد في غيره غالبا لسرعة تغيُّره.

وإذا قلنا: الخيل كغيرها؛ فوجهه: أنَّه حيوان يجوز بيعه والانتفاع به فجاز وقفه؛ كالخيل.

وإذا قلنا: إنَّ حَبْسَ غيرها لا يجوز.

قلنا: لأنَّ الانتفاع بغير الخيل لا يوجد كالانتفاع بالخيل؛ ألا ترى أنَّ القتال يتأتى عليها، وأنْ يُسهم لها بخلاف غيرها.

فصل:

وإذا ثبت هذا؛ فالكلام في جواز بيع الفرس إذا كَلِب وحَطَم مبنيٌّ على جواز حبسه.

---

(1) في (ع): (وأنَّه وقفه).

(2) ينظر ما قبله.

(3) في (ع): (فيصح).

(4) في (ع): (ولا يمكن).

وإن قلنا: إنَّ حبْس الحيوان لا يجوز، فلا معنى لهذا الفرع.

فإذا قلنا: يجوز؛ فاختلف أصحابنا في حكمه:

فقال ابن القاسم: يجوز بيعه؛ بخلاف الرِّباع.

وقال عبد الملك: لا يجوز بيعه؛ كالرِّباع[1].

ويجب أوَّلا أنْ نُقدم [و/420] الكلام في الرِّباع ثم نعود إلى تَوجُّه الخلاف في الحيوان.

وقد ذكر أبو محمد[2] خلافا في الرِّباع هل يجوز بيعها أم لا؟ وهو مرويٌّ عن ربيعة؛ إلَّا أنَّ الأظهر أنَّه لا يجوز بيعها وإنْ خربت، خلافا لمن أجازه، وقال: يدفع الثمن إلى مَنْ وُقف عليه، أو يستعان فيه في رَبْع مثله يُوقف.

والدليل على ذلك:

أنَّ الوقف إزالة ملكٍ لا إلى مالكٍ، فإذا كان فيما لا ضرر في تبقيته فلم يجز؛ اعتبارا به إذا لم يَخرب، وبذلك فارق الحيوان على أحد الوجهين؛ لأنَّ في تبقيته ضررٌ إذا لم يُنتفع به.

وإن أجبنا بالتسوية قلنا: لأنَّها إزالة ملك بسببٍ يَمنع البيع مع السلامة، فوجب أنْ يمنع فيه مع التغيير؛ كالعتق.

ونريدُ بالإزالة في الفرع: المنافع.

ولأنَّ القصد انتفاع الموقوف عليه بمنفعته؛ فلو أجزنا بيعه لخالفنا شرط

(1) ينظر: النوادر والزيادات (12/ 83-85).

(2) أي ابن أبي زيد في النوادر والزيادات (12/ 83).

الواقف وجعلنا المنفعة له بالأصل.

ولأنَّ العمارة قد تعود وتنتقل؛ ففي إجازة بيعه إبطالُ حقِّ مَن جُعل له حقٌّ بعد هذا [النقل][1]؛ وذلك ممَّا لا سبيل إليه.

ووجه الجواز: اعتباره بالحيوان.

ولأنَّ الواقف إنَّما أراد وصول الانتفاع إلى الموقوف عليهم مِن وجه هذا الوقف، فإذا لم تمكن مِن وجهه منفعة وجب أنْ يُنقل إلى منفعة ما يقوم مقامه، وإلَّا كان في ذلك إبطال شرطه.

والأول: أصحُّ وأوضح.

وإذا ثبت هذا؛ عُدنا إلى الكلام في بيع الفرس إذا ضعف عن الغزو.

قلنا:

وجه قول مالك رحمه الله: قوله ﷺ: «لا ضرر ولا إضرار في الإسلام»[2]؛ وفي ترك الدابة لا يُنتفع بها إضرار بالمُوقَف عليهم فوجب إزالته، ولا طريق إلى ذلك إلا بالبيع.

ولأنَّ الحيوان أضعف أمرًا مِن غيره للاختلاف في جواز حبسه.

ولأنَّ الواقف إنَّما أراد الانتفاع به؛ فإذا زَال ذلك وجب أنْ يُصرف إلى وجه يمكن الانتفاع به.

---

(1) في (ع) ما صورته: (البطر)، والمثبت أليق بالسياق.

(2) رواه مالك (2758)، عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه مرسلا، قال ابن عبد الهادي في التنقيح (5/ 68): «رواه الحاكم، وزعم أنه صحيح الإسناد، وفي قوله نظر، والمشهور فيه الإرسال، كذلك رواه مالك عن عمرو بن يحيى عن أبيه مرسلا».

وليس الغرض بقاءُ الوقف في عينه، بل على وجه يصحُّ النفع فيه؛ فلا فرق بين عينه وبدله، لأنَّه لو ابتدأ وقفَ ما لا نفعَ فيه لم يصحَّ، وكان سَفَهًا.

والفرق على قول مالك بين الحيوان والعقار:

أنَّ العقار باقٍ لا يزول، فالنفع فيه مُترقبٌ عَوْده إليه؛ لأنَّ العمارة تنتقل مِن موضع إلى موضع، وليس كذلك الحيوان والعروض لأنَّها تتلف فلا يُترقب عَوْد النفع إليها.

ووجه قول عبد الملك: فلأنَّها عينٌ محبوسةٌ فلم يَجُز بيعها؛ كالرِّباع.

ولأنَّ الحُبُس المُحرَّم قد زال ملكه عن الانتفاع به لا إلى المالك، وإذا لم يكن لأحد ملكٌ عليه لم يجز بيعه؛ لأنَّ المعاوضة لا تصحُّ على مَا لا ملك عليه.

فإذا ثبت هذا؛ فإذا بِيع -على قول مالك- فيُجعل ثمنه في مثله إنْ بلغ، فإن لم يبلغ أُعين به في ثمن مِثله، ويكون ذلك في الوجه الذي حُبس الأصل فيه؛ لأنَّ بدلَ الشيء يقوم مقامه.

ولأنَّه إذا كان بيعه لعدم النفع؛ كان النفع ببَدله لمَن له النفع بأصله.

والله أعلم.

كتاب الرَّهن

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(والرَّهن جائِزٌ).

قال القاضي -رضي الله عنه-:

إنَّما قال ذلك لقوله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة:283]؛ فأجاز الرهن.

ولقوله ﷺ: «لا يُغلق الرهن»[1].

وقوله: «الرهن مَحلوبٌ ومَركوبٌ»[2].

وقوله: «الرهن مِن راهنه، له غُنْمه وعليه غُرْمه»[3].

وتعلُّقُ الأحكام به يفيد جوازه.

(1) رواه مالك (2698)، من طريق ابن شهاب عن سعيد مرسلا، ووصله ابن ماجه (2441)، وقال ابن حجر في التلخيص الحبير (4/ 1833): «صحَّح أبو داود والبزار والدراقطني وابن القطان إرساله، وله طرق في الدارقطني والبيهقي كلها ضعيفة».

(2) قال ابن حجر في التلخيص الحبير (4/ 1832): «الدارقطني والحاكم من طريق الأعمش عن أبي صالح عن أبي هريرة، وأعلَّ بالوقف، وقال ابن أبي حاتم: قال أبي: رفعه مرة، ثم ترك الرفع بعد، ورجَّح الدارقطني ثم البيهقي رواية مَن وقفه على مَن رفعه».

(3) هو تتمة الحديث الأول في الباب.

ولأنَّه ﷺ رَهَن دِرعه على شعير أخذه لأهله[1].

ولأنَّه وثيقة [بالحقِّ][2]؛ فأشبه الشهادة والكفالة.

ولأنَّ الحقَّ لمَّا كان متنوع نوعين: نوعا في الذمة، ونوعا في الأعيان، ثم لمَّا جازت التوثقة به؛ كانت الوثيقة أيضًا متنوعة بتنويع أصل الحقِّ، وقد ثبت أحد النوعين فيها، وهو [و/ 421] على ما يتعلق بالذمة؛ لأنَّ الكفالة وثيقة، وهو وثيقة بالذمة، فيجب أنْ يكون النوع الآخر ثابتا فيها، وهو الرهن.

وهو مع ذلك؛ فلا خلاف فيه، والله أعلم.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ولا يَتِمُّ إلَّا بالحِيازة).

قال القاضي -رحمه الله -:

يعني أنَّ التوثُّق به وصحته لا ينبرم[3] إلَّا بالحيازة؛ لأنَّ الله تعالى قال: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٌ﴾ [البقرة:283]؛ فجعل القبض مِن صفاتها، فإذا لم يحصل القبض لم يحصل وجه التوثق بها.

ولأنَّ الغرض بالتوثق استيفاء الحقِّ منه عند تعذر الأداء، وذلك لا يمكن

---

(1) روى البخاري (2509) ومسلم (1603) عن عائشة رضي الله عنها: «أنَّ النبي ﷺ اشترى مِن يهوديٍّ طعاما إلى أجل، ورهنه دِرعه».

(2) في (ع): (الحق)، والمثبت من المعونة للمصنف (2/ 1151).

(3) في شرح الهسكوري: (يتم).

إلا بالقبض؛ فلذلك كان شرطا فيه.

فأمَّا عقد الرهن؛ فيصحُّ مِن غير قبض، ثم يُجبَر الراهن على إقباضه للمرتهن إنْ امتنع.

وقال أهل العراق والشافعي: لا يصحُّ العقد مِن غير قبض(1)(2).

وفائدة الخلاف:

أنَّه إذا قال: «أرهنتك هذا الثوب»، فقَبِل المرتهن، ثم قال: «لَسْتُ أقبضك، أو قد بَدَا لي مِن إرهانك»؛ فإنَّه يُجبَر -عندنا- على إقباضه، والرهن قد تمَّ عقده، وعندهم: أنَّه يكون مخيَّرًا بين أنْ يقبض فيلزم، وبين أنْ لا يقبض فلا يلزم، فإذا أقبض لَزِم.

واستدلوا:

بقوله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة:283]؛ فوصَفها بالقبض فوجب أنْ يكون ذلك مِن شرط كونها رهنا، وأنْ يكون القبض مضافا لها.

كما أنَّه لَمَّا وصف الرقبة [بالإيمان كان الإيمان](3) شرطا فيها مصاحبا لها.

ولأنَّ قوله: ﴿مَّقْبُوضَةٌ﴾ لا يخلو أنْ يكون خَبَرا أو أمرا؛ فإنْ كان خبرا كان شرطا فيه لامتناع أنْ يقع بخلاف مُخبِره، وإنْ كان أمرا فهو على وجوبه.

---

(1) ينظر: الأم (4/ 290-291)، وشرح مختصر الطحاوي للجصاص (3/ 147).

(2) نقله عن المصنف صالح الهسكوري في شرح الرسالة [86/ ب-أزهرية].

(3) في (ع): (بالأثمان كان الأثمان)، والمثبت مما سيأتي في الجواب على أدلة المخالف.

ولأنَّه عقد إرفاقٍ مِن شرطه القبول، فوجب أنْ يكون مِن شرط لزومه القبض؛ أصله: القرض، وهو إذا قال: «أقرضتك هذا الألف» فإنَّه لا يلزمه قَبل إقباضه.

ولا يدخل عليه البياعات؛ لأنَّا قلنا: «إرفاق»، ولا الوقف والوصية؛ لأنَّهما يصحَّان مِن غير قبول.

ولأنَّه رهنٌ غير مقبوض؛ فلم يلزم عليه، أصله: إذا مات الراهن، لمَّا كان المقصد به الوثيقة، والمُوثق لا يحصل إلَّا بالقبض؛ لأنَّه ما دام في يد الراهن فليس للمرتهن وثيقة في يده على دَينه، فوجب لذلك أنْ يكون مقبوضا.

ولأنَّه عقدٌ لا يتضمن بدلا فوجب أنْ لا يصحَّ بمجرد اللفظ؛ كالوصية.

ودليلنا:

قوله تعالى: ﴿أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ [المائدة:1]، والعقد قد وُجد؛ لأنَّه الإيجاب والقبول، وذلك موجود.

وقوله: ﴿فَرِهَٰنٞ مَّقۡبُوضَةٞ﴾ [البقرة:283]، فجَعَل القبض مِن صفاتها؛ فدلَّ ذلك على أنَّها تكون رهنا قَبل القبض، لأنَّ وَصْف الشيء بصفةٍ يجب أنْ يكون معنى زائدا على وجوده.

ولأنَّا قد اتفقنا على أنَّه إذا أقبضه الرهن فإنَّه يصحُّ ويلزمه، وليس يخلو أنْ يكون القول الأول الذي تلاه القبض قد انعقد به الرهن أو لم ينعقد:

فإنْ كان قد انعقد به: فذلك ما قلناه، لأنَّه أقبضه ما ثبت رهنا، فيجب أنْ

يكون كونه رهنا سائغا للإقباض.

وإنْ كان لم ينعقد به: لم يجز أنْ يصير لهذا القبض رهنا؛ لأنَّ مجرد القبض لا يجعل المقبوض رهنا.

وفي اتِّفاقنا على لزومه دليل على تقدم انعقاده بالقول.

ولأنَّه عقدٌ مِن العقود؛ فلم يكن مِن شرطه قبض المعقود عليه، أو فَوَجب أنْ يلزم بمجرد القول؛ كالعقود كلِّها.

ولأنَّه عقدٌ لازمٌ فوجب أنْ يلزم بنفس العقد؛ كالبيع.

ونُريد بأنَّه «لازم»: أنَّه بخلاف العقود الجائزة، كالوكالة وغيرها، سواء كان مِن الطرفين أو مِن أحدهما.

ولأنَّه عقدُ وَثيقةٍ؛ فوجب أنْ يلزم بنفس القول: كالكفالة.

وإذا ثبت هذا؛ فالجواب على سؤالهم الأول: أنَّ الظاهر أمرٌ يقتضي ما سُمي رهنا، وذلك يُوجب أنْ يتقدم كونه رهنا على إقباضه؛ ليقبض ما قد ثَبت رهنا، وإنْ كان ليس برهنٍ إلا إذا [و/ 422] قُبض؛ لكان بالإقباض يكون رهنا، وذلك باطل، لأنَّ كونه رهنا بالعقد لا بالقبض، وكونه رهنا هو الذي أوجب قبضه.

وكذلك الإيمان في الرقبة؛ لأنَّ كونها «مؤمنة» معنى زائدا على كونه رقبة، كذلك القبض صفة زائدة على كونه رهنا.

فإن قيل: فأنتم تزعمون أنَّ عقد الرهن يتمُّ مِن غير قبضٍ؛ لمَ تقولون: «إنَّ

تأخير القبض يُبطل الرهن؟».

قلنا: صحيح، وليس بين الأمرين تنافٍ؛ لأنَّا وإن قلنا ذلك، فإنَّا نزعم أنَّ انبرام العقد وتمامه واستقراره يكون بالقبض.

ورُبما قال أصحابنا: «إنَّ العقد قد صحَّ، ولكن تأخير القبض يُبطله».

فالجواب عن قولهم: «لا يخلو أنْ يكون أمرا أو خبرا»؛ أنْ يقال: أي ذلك كان فلا يَضُرنا؛ لأنَّه إنْ كان خبرا كان التقدير: أنَّ مِن صفته القبض، وإنْ كان أمرا كان معناه: فرهنا تقبضونها؛ وهذا يقتضي أنْ يقبض ما يُسمى رهنا، وذلك ما نقوله.

والجواب عن قياسهم على القرض: أنَّه ينتقض بالسَّلَم والكتابة لأنَّهما إرفاق عندنا، وليس مِن شرطهما القبض، وعلى أنَّ الأصل غير مُسلَّمٍ؛ لأنَّ أصحابنا قد نصُّوا على القرض والعاريَّة أنَّهما بالقول؛ كالرهن.

والجواب عن قياسهم على موت الراهن قبل القبض: هو أنَّ الراهن إذا مات فقد حلَّ الحقُّ وحصل في التركة، فلا معنى للرهن؛ لأنَّ الرهن وثيقة في الذمَّة فإذا انتقل إلى غيره فلا معنى للرهن.

على أنَّ أصحابنا قد نصُّوا: على أنَّه إنْ لم يكن مِن المرتهن تفريط حتى مات الراهن؛ أنَّ إقباضه للرهن واجب.

فالجواب على قولهم: «إنَّ التوثق لا يحصل إلا بالقبض»: أنَّا كذلك نقول: إنَّه يُجبر على إقباضه، لتحصل به الوثيقة، وهذه نكتتنا؛ أنَّه إذا كان

الغرض به التوثق وجب أنْ يلزم فيه القبض، ليحصل فيه معنى التوثق.

والقياس على الوصية بعكسه، فنقول: وجب ألَّا يحتاج إلى الإقباض في عقده؛ أصله: الوصية.

ولا ينتقض بالعاريَّة؛ لأنَّها ليست بعقد، ولأنَّها تلزم بالقول.

وبالله التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ولا تَنفعُ الشهادةُ في حيازته إلا بمُعَايَنَةِ البيِّنَةِ).

قال القاضي -رضي الله عنه-:

إنَّما قال ذلك؛ لأنَّ البينة إذا شهدت بحيازته فقد ثبت كونه رهنا، وتعلق حقُّ المرتهن به، وانفرد به.

وإذا لم يكن إلا إقرار المتراهنَين لم يُقبل؛ لأنَّ في ذلك إسقاط حقِّ غيرهما بقولهما، لأنَّ الراهن قد يُفلس فلا يُقبل قوله فيما يدَّعي أنَّه رهنه؛ لأنَّ في ذلك قطعا لحقِّ غرمائه.

وإذا ثبت ذلك بالبينة زالت التهمة، وهذا إذا تعلق بذلك حقُّ الغرماء.

فأمَّا إذا لم يتعدَّ ذلك وتقارَّا؛ فإنَّه يقبل إقرار الراهن ويؤخذ به.

والله أعلم.

مسألة

قال -رحمه الله-:

(وضمان الرَّهن مِن المرتهِن فيما يُغاب عليه، ولا يَضْمَن ما لا يُغاب عليه[1]).

قال القاضي -رضي الله عنه-:

اعلم أنَّ الخلاف في ذلك مع أبي حنيفة والشافعي؛ لأنَّ أبا حنيفة يقول: «إنَّ الرَّهن مضمون على كلِّ وجه»[2].

والشافعي يقول: «إنَّه غير مضمون على كلِّ وجهٍ»[3].

ونحن عندنا: يضمن إذا كان ممَّا يُغاب عليه[4]، ومعنى ذلك: أنَّه إذا كان ممَّا يخفى هلاكه غالبا فلا يُعلم إلا بقولِ المرتهن.

ولا يضمن إذا كان ممَّا لا يُغاب عليه ويظهر هلاكه.

فالأول: مثل الذهب والفضة وسائر العروض.

والثاني: مثل الدواب والرَّقيق والعقار.

---

(1) في (ع) زيادة: (مِن عبدٍ أو دابة إلا أنْ يتعدى) وليست في نسخ الرسالة التي بين أيدينا، وستأتي في باب العارية عند قوله (ص: 108): (والعارية مؤداة؛ يضمن ما يغاب عليه ولا يضمن ما لا يغاب عليه من عبد أو دابة إلا أن يتعدى).

(2) ينظر: شرح مختصر الطحاوي للجصاص (3/ 147).

(3) ينظر: الأم (4/ 347).

(4) ينظر: النوادر والزيادات (10/ 186).

والكلام في هذه المسألة في موضعين:

أحدهما: في وجوب الفرق.

والآخر: في إفساد كلِّ مذهب مُخالفٍ قولَنا بأدلة [و/ 423] تخصُّه.

فأمَّا وجوب الفرق فيما يُغاب عليه وفيما لا يُغاب عليه: فلِأنَّ الرهن لمَّا لم يجرِ مَجرى الأمانات المحضة، ولا المضمون المحض، لأنَّه قد أخذ شبهًا مِن الأمرين؛ لم يكن له حكم أحدهما على التجريد.

وذلك أنَّ الأمانة المحضة: هي التي لا نفع فيها لقابضها، بل النفع كله للمالك؛ كالوديعة، [أو][1] جلُّ النفع له؛ كالقراض.

والمضمون المحض: هو ما كان النفع كلُّه لقابضه؛ كالمشترى، [وبِتَعدٍّ وجناية][2]؛ كالغصب.

وفي مسألتنا: فلم يكن تعدي ولا جناية فتضمن، ولا ممَّا ينفرد المالك بالمنفعة فيسقط الضمان عن المرتهن بل المنفعة للمالك؛ فإنْ حصل له ما ابتاعه أو ملكه، وبقي الدين في ذمته لأجل الرهن، ولولاه ما تملَّكه فقد انتفع به.

وللمرتهن بحصول التوثق فلم يقبضه لمالكه؛ كالوديعة، وإنَّما قبضه ليكون وثيقة له بحقِّه.

وإذا أخذ شبها مِن الأمرين لم يحسن أنْ ينفرد بحكم أحدهما على التجريد؛ فإذا وجب بهذه الجملة أنْ لا يكون حكمه حكم أحدهما على

---

(1) في (ع): (و)، والمثبت أليق بالسياق.

(2) في (ع): (يتعدى جناية)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

التجريد وجب الفصل بينهما، وحصل مِن ذلك ما قلناه؛ لأنَّ أحدا لم يفصل بينهما إلا بما ذكرناه.

هذه نكتة المسألة وفقهها.

ونحن نتكلم مِن بعدُ على مذهب مَن خالفنا بأدلة تخصُّه.

والذي يدلُّ على سقوط الضمان فيما لا يُغاب عليه -خلافا لأبي حنيفة-: استصحاب الحال في براءة ذمة المرتهن في الأصل، وثبوت الدَّين في ذمة الراهن؛ فعلى مُدَّعي نقلِ ذلك على ما هو عليه الدليلُ.

ويدلُّ عليه قوله ﷺ: «الرهن ممَّن رهنه له غُنمه وعليه غُرمه»[1].

وقوله: «ممَّن رهنه» يُريد أنَّ تلفه منه، وذلك ينفي أنْ يضمنه المرتهن؛ لأنَّ هذا أبلغ ممَّا يُعبر به عن الجهة التي منها يكون الضمان هذا.

فإن قيل: معناه أنَّه لراهنه لا لمرتهنه.

قيل: لا معنى لهذا، إلا أنَّا قد علمنا أنَّ الرهن لا يخرج عن ملك الراهن؛ فلأنَّ قولنا: «هو مِن فلان» غير قولنا: «هو له».

والفرقُ بينهما سابق إلى الوهم بأول وهلة.

ولأنَّه قال: «عليه غُرمه»؛ وفائدة ذلك: أنَّ هلاكه يكون منه.

ولأنَّ الغُرم في اللغة أحد أمرين: إمَّا الهلاك، أو الخسران[2].

ولا يجوز حمله على النفقة لأنَّها لا تسمى غُرما؛ لأنَّ ما يُنفق على نفسه

---

(1) تقدم تخريجه (ص: 84).

(2) ينظر: غريب الحديث لابن قتيبة (1/ 192)

وعلى عياله لا يُقال: إنَّ ذلك غرامة.

واحتج مَن خالفنا: بما رُوي أنَّ رجلا رَهَنَ فرسا مِن رجل [فنَفَق][1] في يده؛ فقال رسول الله ﷺ للمرتهن: «ذهب حقُّك»[2].

فالجواب: أنَّ معناه: ذهب حقُّك مِن الوثيقة لا دَيْنك؛ وفائدته: أنَّه لا يلزم الراهن رهنٌ آخر بدله.

قالوا: ولأنَّها عينٌ تعلَّق بها حقُّ الوثيقة، فوجب أنْ يكون مضمونه على مُرتهنها؛ أصله: ما يخفى هلاكه.

وهذا مبنيٌّ على بطلان الفرق الذي ذكرناه فلا يصحُّ؛ على أنَّا لا نُسلمه على الإطلاق، وإنَّما يخفى هلاكه إذا قامت بينة على تلفه مِن غير جهة المرتهن، فلا يضمنه في أظهر الروايتين.

ثمَّ المعنى فيه: كون الرهن خافيا هلاكه فلا يعلم صدق المرتهن فيه، وليس كذلك الحيوان وغيره.

قالوا: ولأنَّه محبوس بعقد لاستيفاء حقٍّ؛ فوجب أنْ يسقط الحقُّ بتلفه، أصله: المبيعُ في يد البائع.

فالجواب: أنَّه يُنتقض بالعين المستأجرة يمسكها لاستيفاء حقِّه منها، ثمَّ

(1) في (ع): (فهق)، والمُثبت مِن مصادر التخريج.

(2) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه (23233)، وأبو داود في مراسيله (ص: 172)، من طريق مصعب بن ثابت عن عطاء مرسلا، قال الزيلعي في نصب الراية (4/ 321): «قال عبد الحق في أحكامه: «هو مرسل وضعيف»، قال ابن القطان في كتابه: «ومصعب بن ثابت بن عبد الله بن الزبير ضعيف كثير الغلط وإن كان صدوقا»».

الحقُّ لا يتلف بتلفها؛ لأنَّها إنْ كانت إجارة مضمونة لزِم المُؤاجر أنْ يأتي بغيرها، وإنْ كان في عينٍ رَجَع المستأجر بما بقي مِن الأجرة.

وعلى أنَّ إمساك المبيع في يد البائع إذا لم يستوِ كونه رهنا؛ ليس بإمساك لعقد؛ لأنَّ عقد البيع ليس هو الذي أوجب له إمساك السلعة بل له إمساكها لحقِّ [و/424] ملكه؛ وذلك أنَّه يقول: «لا أخرج سلعتي عن يدي إلا بعد أنْ أستوفيَ ثمنها»، وقد كان له إمساكها بحقِّ الملك قبل عقد البيع؛ فبهذا: الحقُّ ثابتٌ له لا يزول عنه إلا بقبضِ جميع الثمن، وإنَّما عقد البيع إزالة ملكه عن الرقبة، فأمَّا حقُّ الإمساك فلا.

وعلى أنَّ المبيع إذا كان ممَّا لا يتعلق به حقُّ توفية، وهلك قبل القبض فإنَّه يكون تلفه مِن المُبتاع عندنا؛ لأنَّه قد ملكه بنفس العقد، ولا يُراعى فيه القبض.

قالوا: ولأنَّها عينٌ تَعلَّقَ بها الاستيفاء ابتداء؛ فوجب أنْ يسقط بتلفها، أصله: الجاني إذا تعلَّق أصلُ الجناية للمجني عليه برقبته.

وقولهم: «ابتداء» احترازا مِن ولد الرهن؛ فلأنَّ الحقَّ تعلق بالولد ولا يسقط بتلفه لأنَّه لم يتعلق به ابتداء.

فالجواب: أنَّه ينتقض بالضمين؛ لأنَّه قد تعلق الاستيفاء به ضربا مِن التعلق.

ثم المعنى في الأصل: أنَّ الحقَّ يتعلق بالعين لا بالذمة؛ فلذلك سقط بتلفها.

ألا ترى أنَّ قيمة العبد لو كانت نصف أرش الجناية لم يكن للمجنيِّ عليه المطالبة ببقية الأرش.

قالوا: ولأنَّه عقدٌ يُفضي إلى زوال الملك فوجب أنْ يكون مِن ضمان قابضه؛ كالقرض.

وهذا لا يصحُّ؛ لأنَّ الوصف غير مستقر؛ لأنَّ عقد القرض يزول به الملك، فلا يقال: إنَّه يُفضي إليه، والرهن قد يُفضي إلى ذلك، وقد لا يُفضي.

ثمَّ المستقرض يقبض العين على أنَّها ملكه، ومَن قَبَض على وجه التمليك لزِمه الضمان، وليس كذلك قبض الرهن؛ لأنَّه يُقبض على وجه التوثق لا على وجه الملك.

وتعلقُ التوثق بالعين لا يقتضي ضمانها على أصل التجريد؛ كالضمين.

قالوا: ولأنَّها عينٌ مرهونة فوجب أنْ تكون مضمونة؛ كالعروض.

والمعنى في الأصل: أنَّه ممَّا يَخفى هلاكه ولا يُعلم صِدقه فيه غالبا.

قالوا: ولأنَّ كلَّ عقدٍ ضُمن فيه ما يُغاب عليه ضُمن ما لا يُغاب عليه؛ كالبيوع.

وهذا لا يصحُّ؛ لأنَّ عقد البيع ليس بأمانة على وجه؛ لأنَّ المشتري قبضه لمنفعة نفسه وعلى أنَّه مالكه، وليس كذلك الرهن؛ لأنَّ له شبها بالأمانة على ما ذكرناه، [وذلك][1] ينفي الضمان.

قالوا: ولأنَّ العقود لا يختلف الحكم في ضمانها مِن الذي يُغاب عليه؛ كسائر العقود.

وهذا أيضا موضعٌ فاسدٌ؛ لأنَّ العقود على ثلاثة أضرب:

---

(1) في (ع): (وكذلك)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

أمانة محضة: كالوديعة، وهذا لا يوجد في الرهن؛ لأنَّ مِن صفة الأمانة ألَّا يتعلق حقٌّ لقابضها بوجهٍ، وأنَّ الحقَّ للمالك، وأنْ يكون حقُّ القابض تابعا لحقِّ المالك؛ كالقراض.

والرهنُ؛ فالمنفعة للمتراهنين على حدٍّ واحد.

ومنها ما لا يتعلق بأمانة فيكون جميعه مضمونا: مثل البيع والقرض.

وهذا أيضًا لا يوجد في الرهن؛ لأنَّ ما هذه سبيله، يكون النفع لقابضه دون مالكه.

والثالث: العاريَّة والرهن: وهو ما قد أخذ شبها مِن الأمرين، فيقتضي افتراق الحُكم فيها، وبالله التوفيق.

فصل:

فأمَّا الكلام على أصحاب الشافعي؛ فالدلالة على وجوب الضمان على المرتهن فيما يُغاب عليه قوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»[1]، و«على» مِن حروف الإيجاب.

وروى حماد عن قتادة عن أنس: أنَّ النبي ﷺ قال: «الرهن بما [فيه][2]»[3]؛

(1) رواه أبو داود (3561) والترمذي (1266) وابن ماجه (2400)، من طريق الحسن عن سمرة، قال الترمذي: «هذا حديث حسن»، وقال ابن حجر في فتح الباري (5/ 241): «وسماع الحسن مِن سمرة مختلف فيه، فإنْ ثبت ففيه حجة لقول الجمهور».

(2) في (ع): (عليه)، والمثبت من مصادر التخريج.

(3) رواه الدارقطني (2918)، من طريق أبي الصلت إسماعيل بن أبي أمية عن حماد بن سلمة عن قتادة عن أنس بنحوه، قال الدارقطني: «إسماعيل هذا يَضَع الحديث، وهذا باطل عن قتادة وعن حماد بن سلمة، والله أعلم».

وهذا عبارة عن وجوب ضمانه على المرتهن.

ونكتة المسألة: ما قدمناه مِن أنَّ مِن حقِّ الأمانة أنْ تكون كلُّ المنفعة أو جلُّها للمالك دون القابض؛ كالوديعة، وفي هذا الموضع فإنَّما تقبُّضه الرهن لمنفعة الراهنين جميعا، فخرج عن أنْ يكون أمانة في حقِّ [و/425] المرتهن لقبضه إيَّاه لمنفعة نفسه، وذلك يقتضي [تضمينه][1]؛ كالمقبوض على وجه البيع والسَّوم والقرض وغير ذلك.

فإن قيل: ينتقض بما يظهر هلاكه.

قيل له: لا يلزم هذا؛ مِن قِبَل أنَّ غرضنا بالاعتلال: إلحاق الرهن بكلِّ نوع مِن العقود التي يشبهها مِن الوجه الذي تشبهه؛ فالرهن الذي نقيسه على البيع وغيره إنَّما هو في أنَّ قبض المُرتهن إيَّاه لنفسه يوجب أنْ لا يضمن؛ كالوديعة، فيجب أنْ تكون له منزلة بين الأمرين.

واحتج المخالف: بقوله ﷺ: «لا يُغلق الرهن»[2].

قالوا: ومعناه أنَّ الحقَّ لا يسقط بتلفه.

وهذا دعوى؛ لأنَّ معناه: أنَّه لا يستحق بتعذر أداء الحقِّ على ما كانت الجاهلية تفعله، وقد [ذكر][3] هذا المعنى مَن عَمِل غريب الحديث، واحتج بتفسير مالك إيَّاه على هذا الوجه[4].

(1) في (ع): (ضمينه)، والمثبت أليق بالسياق.

(2) تقدم تخريجه (ص: 84).

(3) في (ع): (ذكرنا)، والمثبت أليق بالسياق.

(4) ينظر: غريب الحديث لأبي عبيد القاسم بن سلام (2/114-115)، والغريبين في القرآن =

قالوا: ولقوله: «الرهن مِن راهنه له غُنمه وعليه غُرمه»[1]، أي منه تلفه وعطبه.

وهذا مخصوص فيما يظهر هلاكه، بدليل ما قدمناه.

قالوا: ولأنَّه مقبوضٌ عن عقدٍ لو كان فاسدا لم يضمن، فإذا كان صحيحا لم يضمن؛ كالقراض والشركة، والأصول على هذا: أنَّ كلَّ ما ضُمن صحيحه ضُمن فاسده، وكل ما لم يُضمن فاسده لم يُضمن صحيحه.

وهذا غير مُسلَّم؛ لأنَّ الرهن الفاسد إذا قُبض ضُمن عندنا بالقبض.

قالوا: ولأنَّه حقٌّ تعلَّق بمحلَّين، فوجب أنْ لا يسقط بتلف أحدهما؛ كالدَّين والمضمون بتلفِ الضامن.

وهذا لا يمكن أنْ يُورد علينا، لأنَّا نُجيزه على وجه، ونمنع منه على وجه، ولكن الفرق بين الضمان والرهن: لأنَّ الضمان لا يحتاج إلى قبض؛ لأنَّ الحقَّ المتعلق به يتعلق بالذمة لا بعينٍ، فلم يسقط بتلفه، لأنَّ تعلقه بها كتعلق بمحلٍّ؛ أصله: ذمة الغريم.

وليس كذلك حكم الرهن؛ لأنَّ الحقَّ يتعلق بالعين، ألا ترى أنَّه قد يباع الرهن ويُستوفى الحقُّ مِن ثمنه.

قالوا: ولأنَّ الإجماع حاصلٌ على أنَّ الرهن وثيقة للمرتهن يستوفي الحقَّ من ثمنه عند أجله إنْ لم يدفعه الراهن إليه؛ فلو سقط الحقُّ بتلفه لكان وثيقة للمرتهن واحتياطا له.

والحديث للهروي (4/ 1383).

(1) تقدم تخريجه (ص: 84).

وهذا عندنا غير صحيح؛ لأنَّ القدر الذي تتعلق به [الوثيقة][1] أنَّه يكون أولى به في الموت والفلس، وله حقُّ إمساكه ليستوفيَ دينه مِن ثمنه.

فأمَّا أنَّه لا يضمنه ويُقبل قوله في تلفه؛ فليس مِن شرط الوثيقة.

قالوا: ولأنَّ الوثيقة تزول بتلف الرهن كما تزول بفسخ المرتهن، ثم قد ثبت أنَّ الوثيقة إذا انفسخت بفسخ الرهن كان الحقُّ لا يسقط؛ كذلك إذا انفسخت بتلف الرهن.

وهذا يصلح أنْ يُورد على مَن علَّل الضمان بانفساخ الوثيقة، ونحن لم نفصل ذلك؛ لأنَّ تلف الوثيقة ليس هو الذي أسقط الحقَّ، وإنَّما [أسقطه][2] معنًى آخر.

ألَا ترى أنَّ المرتهن لو قال: «أنا أؤدي مِثل الرهن -إنْ كان ما له مِثل- وأَرجِع بحقِّي»؛ لكان له ذلك، وبالله التوفيق.

فصل:

إذا ثبت ما ذكرناه؛ فإنْ قامت البينة بهلاك ما يُغاب عليه بغير تفريط مِن المرتهنين ولا تعدٍّ؛ ففيه روايتان:

إحداهما: سقوط الضمان، وهو قول ابن القاسم.

والأُخرى: وجوبه، وهو قول أشهب[3].

---

(1) في (ع): (وثيقة)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) في (ع): (أسقط)، والمثبت أليق بالسياق.

(3) ينظر: النوادر والزيادات (10/ 186-187).

فوجه السقوط: هو أنَّ المعنى الذي لأجله ألزمناه الضمان عدمُ العلم بصدقه فيما يدَّعيه، فإذا عُلِم صدقه لم نُبق سبيلا بجانب الضمان.

ألا ترى أنَّ ما يظهر هلاكه لا يضمنه؛ لأنَّ العلم بصدقه قد يُعلم مِن غير جهته، فكذلك إذا قامت البينة بهلاك ما يخفى هلاكه.

ووجه الوجوب: فلأنَّ العلة إذا وُضعت حَسْمًا للباب لم تخرج عن أصلها المقصودة به بأعيان المسائل، بل يكون الحكم تابعا للأصل.

ألا ترى أنَّ منع قبول شهادة الوالد للولد، والولد للوالد لأجل التهمة الغالبة في الطباع بإيثار جرِّ المنفعة مِن الشاهد إلى المشهود له، ودفع [و/ 426] الضرر عنه، ثمَّ لمْ ينقض ذلك بأنْ ينتفي في بعض المسائل، بل أجرَينا الباب على أصله، ولم ننقضه بنَادِره.

كذلك في مسألتنا: أصلُ العُروض والذهب والفضة يخفى هلاكه، وإنْ جاز أنْ يخرج عن هذا الأصل نادرا؛ بأن يعلم هلاكه بغير صُنع المرتهن، إلا أنَّ الحكم أُجري على غالب حسم الباب، والله أعلم.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله -:

(وثمرة النخلِ الرَّهْنِ للرَّاهن، وكذلك غَلَّةُ الدُّورِ، والولدُ رَهْنٌ مع الأمةِ الرَّهْنِ تلده بعد الرَّهْنِ).

قال القاضي -رضي الله عنه-:

اعلم أنَّ نماء الرهن ضربان: نماءٌ متميز، ونماءٌ غير متميز.

فأمّا غير المتميز: فلا خلاف أنَّه يدخل في الرهن، وذلك كسِمَن الجارية وكِبَر الصغير وما أشبه ذلك.

والمتميز: كلُّه غير داخلٍ في الرهن، إلا ما كان في خلقته وصورته كالولد؛ فإنَّه داخل مع الأم في الرهن مِن بني آدم وسائر الحيوان، وكذلك ما في معناه مِن فَسْل النخل فإنَّه داخلٌ مع الأصول في الرهن.

وما عدا هذا مِن النَّماء المتميز؛ فلا يدخل في الرهن على وجه، وذلك كثمر النخل، وصوف الغنم وألبانها، وأجرة العقار والدواب، وما أشبه ذلك(1).

وقال أبو حنيفة: «جميع النماء غير خارج عن الرهن؛ الولدُ والثمار وغيره»(2).

ولا خلاف بيننا وبينهم في أنَّ ذلك مِلك للراهن؛ فالخلاف مع أبي حنيفة فيما عدا الولد مِن الثمار وغيرها.

ومع الشافعي في الولد وحده(3).

واستدل مَن نصَر أبا حنيفة بأنْ قال:

لأنَّه نماءٌ حادث عن الرهن فوَجَب أنْ يكون رهنا مع أصله؛ كنسل الحيوان.

وقياسا على النماء المتصل؛ كالسِّمن وغيره.

(1) نقله عن المصنف صالح الهسكوري في شرح الرسالة [87/ ب-أزهرية].

(2) ينظر: شرح مختصر الطحاوي للجصاص (3/ 161).

(3) ينظر: الحاوي الكبير (6/ 208).

ودليلنا:

قوله ﷺ: «الرهن محلوب ومركوب»[1]؛ فأخبر بأنَّه يُحلب ويُركب، وذلك يدلُّ على أنَّه لا حقَّ للمرتهن في حلبه وركوبه؛ فثبت أنَّه للراهن.

فإن قيل: المراد أنَّه يجوز أنْ يكون ممَّا يُحلب ويُركب.

قيل له: هذا غير مفهوم الظاهر؛ لأنَّ المفهوم أنَّ كونه رهنا لا يمنع استيفاء هذه المنافع فيه[2]، وفيه ضمير لابدَّ مِن تقديره[3] به وهو «مِن»؛ أنَّه يكون محلوبا ومركوبا؛ فإذا ثبت أنَّه للراهن ثبت أنَّه لا حقَّ للمرتهن فيه.

ويدلُّ عليه:

قوله ﷺ: «الرهن ممَّن رهنه له غُنمه وعليه غُرمه»[4]، وهذا على عمومه في كلِّ غُنم، وإضافته إليه تقتضي انفراده به، وأنَّه لا تعلُّق فيه لغيره.

ولأنَّه [نماءٌ][5] متميز عن الرهن مفارقٌ له في الخِلقة والصورة فلم يكن رهنا معه؛ أصله: الكسب والغَلة.

والمعنى في نسل الحيوان أنَّه يتبعها في جميع الأحكام؛ كالتدبير والكتابة وحكم الاستيلاد ووجوب الزكاة وغير ذلك؛ فكذلك في الرهن، وليس كذلك حكم سائر النماء، وبالله التوفيق.

---

(1) تقدم تخريجه (ص: 84).

(2) في (ع): (منه).

(3) في (ع): (تقديمه).

(4) تقدم تخريجه (ص: 84).

(5) زيادة من (ع).

فصل:

واستدل مَن نصر الشافعي: بقوله ﷺ: «فله غُنمه»؛ فعمَّ.

وقالوا: ولأنَّه حقٌّ متعلقٌ بِعَين قد يُستوفى[1] مِن ثمنها فوجب ألَّا يسري إلى ولدها؛ أصله: أرش الجناية، وهو أنَّ الأَمة إذا أجنت[2] ثم حملت فإنَّ الجناية تتعلق برقبتها دون حملها.

ولأنَّ كلَّ ما لا يتبعُ الجانية في الجناية فلا يتبع المرهونة في الرهن؛ أصله: الكسب.

ولأنَّه نماءٌ متميزٌ عن الأصل؛ فوجب ألَّا يكون رهنا معه، كثمرة النخل.

[و][3]لأنَّه عقدٌ لا يُفضي إلى زوال المِلك؛ فوجب أنْ لا يسريَ إلى الولد، أصله: الإجارة.

ولأنَّ الرهن وثيقة بالحقِّ، كالضمان والشهادة، وقد ثبت أنَّ ولد الشاهد والضامن لا يتبعه في الضمان والشهادة؛ كذلك ولد المرهونة.

ودليلنا:

أنَّ الرهن حكمٌ ثبتَ في رقبة الأم دون منافعها؛ فوجب أنْ يسري إلى ولدها، أصله: ولدُ أم الولد والمدبَّرة.

ولأنَّ الأصول موضوعةٌ على أنَّ كلَّ حكمٍ ثبتَ في الأمهات، فإنَّ الولد

---

(1) في (ع): (يوفى).

(2) في (ع): (جنت).

(3) زيادة من (ع).

يتبع أمَّه فيه، مِن ذلك الزكاة، وولد [و/ 427] أمِّ الولد، والمعتق نصفه، وإلى أجل، والمدبرَّة والمكاتبة؛ فكذلك حكم الرهن.

ولا ينتقض بالإجارة؛ لأنَّ تبع الولد للأم فيها غير متصور.

ولأنَّه نماءٌ مِن جنس الرهن ومِن خلقته؛ فأشبه النماء المتصل؛ كالسمن والكبر.

وإذا ثبت هذا؛ فالخبر محمولٌ على ما عدا الولد.

والمعنى في الجناية: أنَّ الحق[1] لم يتعلق بعين الجناية حتما؛ بدليل: أنَّ للسيد أنْ يُفديه مِن غيرها وليس لولي الجناية أنْ يقول: «لا أستوفيه إلا مِن رقبتها».

وليس كذلك الرهن؛ لأنَّ الحقَّ يتعلق[2] بعينه، بدليل أنَّ المالك لو قال: «أنا أدفع إليك[3] غيره وآخذه»، لم يكن له ذلك.

على أنَّ أصحابنا يختلفون في ذلك.

والمعنى في الكسب: أنَّه لا يُقوَّم معها في الزكاة وليس كذلك الولد؛ لأنَّه يُقوَّم معها وليس في خلقتها وصورتها.

وهذا هو الجواب عن قياسهم على ثمرة النخل، وهو أنَّ المعنى فيها أنَّها لا تتبع الأصل في الصدقة والهبة، وأنَّه مخالف لخلقته.

---

(1) في (ع): (المعنى).

(2) في (ع): (تعلق).

(3) في (ع): (لك).

وقولهم: «عقد لا يفضي إلى زوال الملك»؛ لا يصحُّ، لأنَّه قد يفضي إلى ذلك؛ ألا ترى أنَّه لا يرهن إلَّا ما يمكن استيفاء الحقِّ مِن ثمنه، وهذا كقول مَن يقول: «إنَّ الضمان لا يُفضي إلى غُرم»؛ فنقول له: هذا باطل؛ لأنَّه لا يضمن إلا ما يطالبه به الضامن، فإن اتَّفق أنْ يؤديه الغريم سقط عن الضامن.

وكذلك قال ﷺ: «الضمين غارم»[1]؛ فسمَّاه بما يؤول أمره إليه، فكان وصف الرهن بأنَّه يُفضي إلى زوال [الملك][2] أولى.

ثمَّ المعنى في الإجارة: أنَّه لا يصحُّ أنْ يكون الولد تابعا للأمِّ فيها؛ لأنَّ عقد الإجارة عقدٌ على منافع تُستوفى، ولا يمكن أنْ تُستوفى مِن الولد.

[ولا أنْ يعقد على الأم مدة يطول مكثها إلى أنْ يستوفى مِن الولد][3]؛ لأنَّها حيوان، وطول مدة الإجارة في الحيوان غرر.

واعتبارهم بالضمان والشهادة في نهاية الغثاثة والركاكة؛ لأنَّ الشهادة تحمُّل علم، وهذا لا يمكن في غير الشاهد.

والضمان تعلُّق حقٍّ بالذمَّة، وذلك لا يسري إلى ذمة أخرى، وليس كذلك الرهن؛ لأنَّه حقٌّ تعلَّق بعينٍ، والحقوق المتعلقة بالعين لها مَدخل في السراية إلى غير تلك العين، والله أعلم.

---

(1) رواه أبو داود (3565) والترمذي (1265) وابن ماجه (2405)، في سياق أطول، وفيه: «الزعيم غارم»، وقال الترمذي: «حديث حسن».

(2) في (خ) ما صورته: (ملك)، والمثبت من (ع).

(3) زيادة من (ع).

مسألة

قال -رحمه الله-:

(ولا يكون مالُ العبد رهنا إلّا بشرط).

قال القاضي -رحمه الله-:

إنَّما قال ذلك؛ لأنَّ السيد لا يملك مال عبده إلَّا بأنْ ينتزعه، وإرهانُه العبدَ ليس بانتزاع لماله فلم يكن رهنا مع العبد.

ولأنَّ حقَّ المرتهن متعلِّقٌ برقبةِ العبد دون ماله؛ ألا ترى أنَّ السيد لو أراد بيعه لكان مالُه [له و][1] لا يتبعه إلا بالشرط[2]، والبيع آكد مِن الرهن[3] فبِأَنْ لا يَتْبَعه في الرهن أولى[4]، [والله ولي التوفيق].

مسألة

قال - رحمه الله-:

(وما هلك بيدِ أمينٍ فهو مِن الرَّاهن).

قال القاضي -رحمه الله-:

إنَّما قال ذلك؛ لأنَّ الراهن لم يأتمن المرتهن عليه؛ فلم يلزم [ضمان،

(1) زيادة من (ع).

(2) في (ع): (بالاشتراط).

(3) قوله: (الرهن) ليس في (ع).

(4) نقله عن المصنف صالح الهسكوري في شرح الرسالة [87/ ب-أزهرية].

لأنَّ][1] الضمان إنَّما يلزمه بالقبض، فإذا لم يقبضه فلم[2] يدخل في ضمانه.

ولا ضمان على الأمين؛ لأنَّه مؤتمن للراهن بإيداعه إيَّاه، فكان تلفه مِن الراهن وكان حقُّ المرتهن باقيا عليه، وبالله التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(والعاريَّةُ مؤدَّاةٌ، يَضمن ما يُغاب عليه، ولا يَضمن ما لا يُغاب عليه مِن عبد أو دابة إلَّا أنْ يتعدى).

قال القاضي -رحمه الله-:

وهذا كما قال؛ العاريَّة على ضربين:

ضربٌ غير مضمون: وهو ما يظهر هلاكه ولا يخفى، كالرِّباع والحيوان؛ فهذا لا يُضمن إلا بالتفريط.

وضرب آخر: يُضمن إذا لم يُعلم تلفه إلَّا بقول المستعير، وهو ما يُغاب عليه مِن الذهب والفضة والثياب وسائر العروض التي يخفى هلاكها، فإنْ عَلِم تلفه ببيِّنة تقوم عليه؛ لم يضمن.

وعنه رواية أخرى: [و/ 428] أنَّه مضمون على كلِّ وجه[3].

والأول أصحُّ.

---

(1) زيادة من (ع).

(2) في (ع): (لم).

(3) ينظر: التفريع (2/ 286).

وعند أبي حنيفة: أنَّها غير مضمونة على كلِّ وجه إلَّا بالتعدي[1].

وعند الشافعي: أنَّها مضمونة على كلِّ وجه[2].

واستدل أصحابه بقوله ﷺ في حديث صفوان: «كل[3] عاريَّة مضمونةٌ مؤدَّاةٌ»[4]؛ فجعل مِن حكمها أنْ تكون مضمونة.

وقوله: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه[5]»[6]؛ فعمَّ.

ولأنَّ كلَّ ما لم يكن مضمونا لم يختلف الحكم بين ما يُغاب عليه وبين[7] ما لا يُغاب عليه؛ كالوديعة.

---

(1) ينظر: مختصر القدوري (ص: 133).

(2) ينظر: الأم (4/ 512).

(3) في (ع): (إنَّ كل).

(4) روي هذا الحديث بطرق وألفاظ مختلفة دون الجمع بين لفظتي «مضمونة» و«مؤداة»، وقال ابن الملقن في البدر المنير (6/ 747): «لا يحضرني كذلك في رواية، وإنما فيها رواية «مؤداة» وفي أخرى «مضمونة»».

وحديث صفوان رواه أبو داود (3562)، وفيه: أن رسول الله ﷺ استعار منه أدراعا يوم حنين، فقال: أغصب يا محمد؟ فقال: «لا، بل عاريَّة مضمونة»، وذكر البيهقي في السنن الكبرى طرقه، وختمه بقوله (11481): «وبعض هذه الأخبار وإن كان مرسلا، فإنه يقوى بشواهده مع ما تقدم من الموصول».

وروى أبو داود (3565) والترمذي (1265) وحسنه وابن ماجه (2398) من حديث أبي أمامة مرفوعا: «العاريَّة مؤداة، والمنحة مردودة، والدين مقضي، والزعيم غارم».

(5) في (ع): (تؤدى).

(6) تقدم تخريجه (ص: 97).

(7) في (ع) في الموضعين: (في).

ولأنَّ العاريَّة غير مضمونة مع ردِّ عينها، فوجب أنْ تكون مضمونة بتلفها؛ أصله: الغصب.

ولأنَّها عينٌ أخذَها لا باستحقاق، وهو ينفرد بمنفعتها[1]؛ فوجب إذا لم يسقط حقُّ المالك[2] عنه بالقبض أنْ يكون ضمانها على القابض؛ أصله: القرض.

ودليلنا:

ما روى أصحابنا عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنَّ النبي ﷺ قال: «ليس على المستعير ضمان»[3]؛ وهذا نصٌّ.

ولأنَّه عقار أو حيوان قبضه لاستيفاء منفعة[4] فلم يضمن بتلفه؛ أصله: العبد المستأجر والدار.

ولأنَّ الأسباب التي تقبض بها الأعيان لاستيفاء المنافع سببان:

أحدهما: عقدٌ فيه بدلٌ، وهو الإجارة.

والآخر: عقدٌ لا بدل فيه، وهو العاريَّة والوصية.

ووجدنا العقد الذي فيه بدلٌ هو سبب لتعلق ضمان البدل، وعقدُ العاريَّة لا يتضمن بدلا مضمونا.

---

(1) في (ع): (به دونها).

(2) في (ع): (الملك).

(3) رواه الدارقطني (2961)، من طريق عمرو بن عبد الجبار عن عبيدة بن حسان عن عمرو بن شعيب، به، في سياق أتمَّ منه، وقال الدارقطني: «عمرو وعبيدة ضعيفان».

(4) في (ع): (منفعته).

فإذا كان المقبوض لاستيفاء المنفعة بإذن مالكه ببدلٍ مضمون[1] وسببٍ مؤثرٍ في وجوب الضمان لا يوجب ضمان العين؛ فما لم يقبض ببدلٍ أولى أنْ لا يكون مضمونا.

ولأنَّه مستعار تَلِفَ مِن غير تفريط[2] فلم يكن مضمونا على المستعير؛ أصله: الأجزاء إذا تلفت.

وإذا ثبت هذا؛ فحديث صفوان قد روى أصحابنا في مقابلته أنَّه قال: «أعاريَّة مضمونة أو عاريَّة مؤداة؟»؛ فقال -عليه السلام-: «بل مؤداة»[3]؛ فأثبت الأداء، ونفى الضمان.

ويمكن أنْ يكون أراد ضمان الردِّ، وعلى أنَّه إشارة إلى ملك المُودع وليس بلفظٍ مستقلٍّ بنفسه.

وقوله: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»؛ إنَّما يفيد مع بقاء العين، فأمَّا مع تلفها فلا يصحُّ.

ولا يجوز حملها[4] على القيمة؛ لأنَّه[5] لم يجرِ لها ذِكر.

ولأنَّه أُوجب إذا ما أخذته اليد، والأخذ لم يتناول القيمة.

واعتبارهم بالوديعة؛ لا يصحُّ، لأنَّها أمانة محضة لأنَّه قبضها لمنفعة ربِّها

(1) في (ع): (مقبوض).

(2) في (ع): (تعدية).

(3) رواه أبو داود (3566).

(4) في (ع): (حمله).

(5) في (ع): (لأنَّها).

خالصة لا لنفعِ نفسه، فلم يأخذها إلَّا على الأمانة، وقد ائتمنه المُودِع في دعواه التلف والرد، والعاريَّة قبضها المستعير لنفع نفسه، فاتُّهم في دعواه التلف، وأخذه إيَّاها لمنفعة نفسه ينفي أنْ يكون مؤتمنا على دعواه الهلاك.

فإذا عُلم[1] بغير قوله؛ فلا ضمان عليه، لزوال التهمة عنه.

واعتبارهم بالغصب؛ يبطل بالوديعة، لأنَّها مضمونة الردِّ وغير[2] مضمونة التلف، وعلى أنَّ الغاصب لمَّا كان للمالك أنْ يُلزمه قيمةَ العين بتلف الأجزاء وتسلمها[3]؛ كان لذلك[4] مضمون [التلف][5].

وليس كذلك العاريَّة؛ لأنَّ تلف أجزائها لا يُوجب لصاحبها تضمين المستعير قيمة العين؛ فلذلك جاز ألَّا يضمن بالتلف.

وقياسهم على القرض؛ [يبطل][6] بالوصية.

ثم القرض مأخوذ بعوضٍ إمَّا رده أو رد مثله، ومنفعة العاريَّة عن إذن المالك بغير عوض فهي هبة لا محالة؛ فأشبه أنْ يهب له العين، فلا يتعلق عليه الضمان[7].

وبالله التوفيق.

---

(1) في (ع): (علمنا).

(2) في (ع): (غير).

(3) في (ع): (أو تسلمها).

(4) في (ع): (فإن ذلك).

(5) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(6) زيادة من (ع).

(7) في (ع): (ولا يتعلق عليها ضمان).

ووجه الرواية التي يقول فيها(1): «إنَّ الضمان لا يسقط عنه وإنْ قامت عليه بينة»؛ فلأنَّ أصلَه مأخوذٌ على الضمان، فلا ينتقل عن أصله [حسما](2) للباب.

والرواية الأولى أولى وأصح(3)؛ لأنَّ قيام [و/429] البينة ينفي التهمة عنه والتفريط، [وذلك معنًى](4) يسقط الضمان، والله أعلم [بالصواب].

مَسْألَةٌ

قال -رحمه الله-:

([والمُودَع إنْ قال](5): رددتُ الوديعةَ إليك صُدِّق، إلا أنْ يكون قبَضها بإشهادٍ).

قال القاضي -رحمه الله-:

[إنَّما قال](6) هذا؛ لأنَّ المُودَع مؤتمَن، لأنَّ أخذ الوديعة أمانة محضة إذ(7) كان [المُودَع قبضها](8) لمنفعة ربِّها لا لمنفعة نفسه؛ فكان القول قوله في ردِّها

(1) في (ع): (نقول فيه).

(2) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(3) في (ع): (وأوضح).

(4) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(5) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(6) زيادة من (ع).

(7) في (ع): (إذا).

(8) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

[18/ب] [لأنَّ ربَّه قد ائتمنه][1] على ذلك.

فأمَّا إنْ كان المالك قد أشهد عليه بقبضها فإنَّه [لا يبرأ][2] إذا ادَّعى الردَّ إلا ببينة تَقوم له على ذلك، وإلا ضمن.

وقال الشافعي -[رحمه الله]-: «يُقبل قوله في الردِّ بغير بينة سواء دُفعت الوديعة[3] إليه ببينة أو بغير بينة»[4].

قالوا: لأنَّ قول المُودَع: «إنَّه قد ردَّ الوديعة» يوجب قبوله؛ أصله: إذا لم يُشهد عليه.

ولأنَّ دعواه الردَّ ليس بأكثر مِن دعواه التلف؛ فإذا كان الإشهاد عليه لا يمنع[5] أنْ يكون القول في التلف قوله[6] فكذلك دعواه[7] الرد.

فدليلنا:

أنَّ المُودَع إذا أشهد عليه بدفع الوديعة فقد تَوثق منه بتسليمها[8]، ولم يأتمنه على[9] ذلك؛ لأنَّه لو أراد ائتمانه لَوَكل ذلك إلى أمانته، وإذا لم يأتمنه لم يُقبل قوله في الردِّ؛ لأنَّه دعوى لِمَا ليس بأمانة.

---

(1) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(2) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(3) قوله: (الوديعة) ليس في (ع).

(4) ينظر: الحاوي الكبير (8/ 371)، ونقله عن المصنف بمعناه الهسكوري في «شرح الرسالة» [88/ أ].

(5) في (ع): (يمتنع).

(6) في (ع): (القول قوله في التلف).

(7) في (ع): (في دعواه).

(8) في (ع): (قد يوثق منه تسليمها).

(9) في (ع): (عليها على).

فأمَّا الجواب عن قياسهم عليه إذا لم يُشهد عليه: [فهو أنَّه إذا لم يُشهد عليه][1] فقد رضي بأمانته فكان القول قوله، وإذا أشهد عليه فلم يرضَ بأمانته إلا في حفظها فقط.

واعتبارهم بدعواه التلف؛ غير صحيح، لأنَّه مؤتمن في حفظها، فإذا ادَّعى تلفها فالقول قوله لأنَّه أمين فيه، وليس كذلك حكم الردِّ؛ لأنَّه غير مؤتمن فيه مع الإشهاد.

ولأنَّه يمكنه التوثق لنفسه بالإشهاد على الردِّ ولا يمكنه ذلك في التلف.

والله أعلم.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(وإنْ[2] قال: «ذَهَبَتْ»؛ فهو مصدَّقٌ بكلِّ[3] حال، والعاريَّة لا يُصدَّق في هلاكها فيما يُغاب عليه).

قال القاضي -[رضي الله عنه]-:

وهذا لأنَّه مؤتمنٌ في حفظها، والأمينُ فالقول قوله فيما هو مُؤتمن عليه، وإنَّما كان كذلك لأنَّه قبضها لمنفعة ربِّها لا لنفعِ نفسه، وبهذا[4] فارقت العاريَّة؛ لأنَّه قبضها لمنفعة نفسه، فمنع ذلك مِن[5] أنْ يكون مؤتمنا على

(1) زيادة من (ع).

(2) في (ع): (فإن).

(3) في (ع): (على كل).

(4) في (ع): (فلهذا).

(5) في (ع): (من ذلك).

دعواه التلف، إلا أنْ تقوم له بينة فيسقط عنه الضمان.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ومَنْ [تعدَّى][1] على وديعة ضَمِنَها).

قال القاضي -[رضي الله عنه]-:

هذا لأنَّه إذا تعدَّى عليها فقد خرج عن الأمانة فتعلق عليه الضمان بالتعدي، ولأنَّ التعدي كيف حصل موجبٌ الضمان[2]؛ أصله: العاريَّة [والإجارة][3] وغير ذلك.

وقد قال تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلسَّبِيلُ عَلَى ٱلَّذِينَ يَظْلِمُونَ ٱلنَّاسَ﴾ [الشورى:42].

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله -:

(وإنْ كانت دنانيرَ فردَّها في صُرَّتها ثم هلكت فقد اختُلف في تضمينه).

قال القاضي -رضي الله عنه -:

وهذا كما قال؛ إذا كانت الوديعة دنانير أو دراهم في صرتها [أو][4] كيس مشدود فحلَّها وأنفق بعضها ثم ردَّ بدلها؛ فاختلف مالك وعبد الملك.

---

(1) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(2) في (ع): (للضمان).

(3) زيادة من (ع).

(4) في (ع): (و)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

فقال مالك -رحمه الله-: «لا ضمان عليه، وسواء حلَّها وأخذ منها أو لم يأخذ».

وقال عبد الملك: «الضمان لازمٌ له في الجميع فيما أخذ وترك؛ لا يسقط عنه بردِّه».

قال: «وكذلك لو حلَّها وفضَّ ختمها فقد ضمنها، وإنْ لم يأخذ منها شيئا».

قال: «فأمَّا إذا كانت عددا غير مربوطة ولا مختومة فإنَّه يضمن قدر ما أخذ فقط، ولا يضمن ما بقي»[1].

وقال أبو حنيفة: «إنْ ردَّ ما أخذ بعينه لم يضمن تلفها، وإنْ ردَّ مثله فالضمان لازمٌ له»[2].

وقول الشافعي نحو قول عبد الملك[3].

فوجه قول عبد الملك:

هو أنَّ المُودَع يحلُّ الوديعة [و/430] -تلفها إلى ذمته- متعدٍّ خارجٌ عن الأمانة؛ فوجب أنْ يضمن بتعديه، لأنَّ المالك لم يأذن له في ملكه، وإنَّما أذِن له في حفظها على ما هي عليه، فإذا تعدَّى إلى ما لم يأذن له فيه فقد فرَّط، فلزمه الضمان.

(1) ينظر: النوادر والزيادات (10/ 433).

(2) ينظر: الأصل للشيباني (8/ 431).

(3) ينظر: الأم (5/ 290).

ولا [1] يسقط عنه [الضمانَ ردُّ][2] ما أخذ؛ لأنَّه بردِّه ليس يخرج عن وقوع التعدي فيه، وهو الذي أوجب عليه الضمان، فوجب ألَّا يزول عنه الضمان.

ولأنَّ نقله إلى ذمته مِن غير إذن مالكها خروج عن الأمانة؛ فهو كإيداعها غيره مِن غير عذرٍ، فلمَّا كان متى أودعها غيره ثم تلفت ضمنها؛ كذلك إذا نقلها إلى ذمته.

والمعنى الجامع منهما: أنَّ المالك أذِن له في حفظها بنفسه، ولم يأذن له في نقلها إلى أمانة غيره؛ فكذلك في مسألتنا ائتمنه على حفظها وهي وديعة لا على استقراضها.

ولأنَّه إذا حصل المعنى المُوجب للضمان في الوديعة ثمَّ زال؛ فإنَّ الضمان لا يزول بزواله، أصله: إذا جحدها ثم اعترف بها فإنَّه ضامنٌ لها.

ووجه قول مالك:

ما رُوي أنَّ ابن عمر[3] وعائشة[4] وغيرهما: «أنَّهم كانوا يستلفون مِن أموال أيتام في حجورهم»؛ ولو كان ذلك تعديا ما فعلوه.

قال أصحابنا: ولأنَّ المُودَع إذا استقرض الوديعة أو بعضها فليس بمتعدٍّ؛

---

(1) في (ع): (ما)، وحذفها أليق بالسياق.

(2) في (ع): (ضمان)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(3) روى عبد الرزاق في المصنف (6998)، من طريق معمر عن الزهري عن سالم: « أنَّ ابن عمر كان يكون عنده مال اليتيم فيستسلفها ليحرزها مِن الهلاك».

(4) روى ابن أبي شيبة (21790)، من طريق يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد، قال: «كنا أيتاما في حجر عائشة فكانت تزكي أموالنا وتبضعها».

لأنَّه قد عَمِل غاية الحفظ الذي قصده المُودِع، لأنَّه علَّق ذلك بذمته وهو مُوسِرٌ فصار ضامنا.

ولو لم يفعل ذلك حتى تَلفت؛ كانت ذاهبة مِن مالكها، إذا كان غرضُ ربِّها حفظها في أحرز المواضع؛ كانت ذمَّة المُودَع على ما وصفنا أحرز.

وهذا الاعتلال فيه ضعف؛ وذلك أنَّ سقوط الضمان إذا كان يتعلق بإنفاقها غير متعدٍّ؛ وجب ألَّا يختلف في ذلك في المُوسِر والمُعسِر.

وقد علمنا أنَّه إذا كان مُعسِرا فليس مِن الحفظ لصاحبها أنْ [ينقلها][1] المُعسِر إلى ذمته؛ لأنَّ ذلك ليس بحِفظ لها، [بل][2] إلى إضاعة وإتلاف.

ومع هذا؛ فإنَّه إذا ردَّها سقط عنه الضمان.

قالوا: ولأنَّ نَقل المُودَع إيَّاها إلى ذمته كنقله إيَّاها مِن حرز إلى حرزٍ.

وهذا أيضًا فيه نظر؛ لأنَّ غَرضه حفظ الوديعة على ما جَرى به عُرف الناس أنْ تكون في أحْراز غير الذمم، لأنَّها [إذا][3] حصلت في الذمة خرجت عن أنْ تكون وديعة، وحصلت قرضا؛ وهذا غير ما أراد المالك.

ولكن ممَّا يجب أنْ يقال: أنَّ المعنى الذي أوجب الضمان هو تعديه بإنفاقها، فإذا أعادها إلى موضعها أو أعاد مثلها -وهي ممَّا لها مثلٌ- فقد زال التعدي؛ فزال الضمان.

---

(1) في (ع): (يتلفها)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) زيادة يقتضيها السياق.

(3) زيادة يقتضيها السياق.

فإن قيل: لا نُسلِّم أنَّ التعدي قد زال بردِّها إلى موضعها؛ لأنَّ بنفس أخذها قد تعلَّقت بذمته، فلا يسقط عن ذمته بردِّه.

ولأنَّه قد [جَرح][1] أمانته بإنفاقها؛ فوجب أنْ يضمن.

قيل له: أمَّا منعُ زوال التعدي؛ فغلط ظاهر، لأنَّه ليس هاهنا تعدِّي[2] إلا أخذها وردها، وهو إقلاع عن التعدي وانتقال عنه.

وإنَّما الكلام في أنَّه يزول به ذلك الحكم بزوال التعدي.

فإنْ قيل: فقد [جَرح][3] أمانته بإنفاقها فردُّها بعد ذلك لا يُزيل الضمان؛ كالإقرار بعد الجحود.

قيل له: هذا غلط؛ لأنَّا وإنْ قلنا: إنَّه قد تعدَّى بإنفاقها، فلا نقول: إنَّه قد [جَرح][4] أمانته؛ لأنَّه إذا أخذها [بنية][5] ردِّها فأكثر ما في الباب أنَّه قد علَّقها بذمته، فهو متعد[6] بأنْ حَفِظها لربِّ المال[7] على وجه لم يأذن له فيه، وليس كل مَن فَعَل ما لم يؤذن له فيه فقد جَرح أمانته.

وليس كذلك مَن جحد ثمَّ أقرَّ؛ لأنَّه بجحوده [قد][8] فسق، وجرح في

---

(1) في (ع): (خرج)، والمثبت أليق بالسياق.

(2) كذا في (ع)، وهي لغة.

(3) في (ع): (خرج)، والمثبت أليق بالسياق.

(4) في (ع): (خرج)، والمثبت أليق بالسياق.

(5) في (خ): (ببينة)، والمثبت من (ع).

(6) في (ع): (متعدي)، وهي لغة.

(7) في (ع): (لربها).

(8) زيادة من (ع).

الحقيقة أمانته، فإقراره مِن بعدُ لا يُسقط عنه حكم الضمان؛ [و/431] لأنَّه لا يرد أمانته بإقراره.

ولأنَّه حافظٌ لها على الوجه الذي أُمر به، فوجب ألَّا يلزمه ضمان؛ أصله: إذا لم يُنفِق منها شيئا.

فإن قيل: لا نُسلِّم أنَّه حافظٌ لها على الوجه الذي أُمر به؛ لأنَّه إنَّما أُمر بحفظها ما لم يتعدَّ، وحفظُها بعد التعدي ليس بمأمور به.

قيل له: هذا غلط لا يجوز أن يُركَّب؛ لأنَّه إنَّما يُنسب إليه التعدي بالإنفاق لا بالحفظ، ولم يقل له المُودَع: «إنَّما آمرك بحفظها ما لم تتعد، فإذا حصل منك تعد فلست آمرك بحفظها»، بل قال له: «أنا آمرك بحفظها»، ومفهوم هذا الإطلاق: الدوام والتأبيد.

فإن قيل: يلزم على هذا إذا جحدها ثم اعترف بها؛ فإنَّه قد حفظها على الوجه الذي أُمر به.

قلنا: لا يلزم؛ لأنَّه قد حصل بجحوده فاسقا غير أمين، وليس كذلك إذا أنفق بشرط الردِّ.

فأمَّا قول عبد الملك: «إنَّه بحلِّها ونقلِها إلى ذمَّته متعدٍّ»؛ فمُسلَّم، ولكن خلافنا في ردِّه ما أنفق.

فأمَّا قوله: إنَّ ردَّه له لا يخرجه عن وقوع التعدي؛ هو الذي أوجب الضمان، فيجب أنْ لا يزول عنه الضمان.

فالجواب عنه: أنَّه بِرَدِّه قد زال عنه التعدي، وقد صار مُحسنا بهذا الفعل،

فيجب أنْ يسقط عنه الضمان.

فأمَّا قوله: «إنَّ ذلك خروجٌ عن الأمانة»؛ فغير مُسلَّم، وقد بينَّا أنَّه ليس كلُّ تعدٍّ يخرج به عن الأمانة إلى الفسق؛ لأنَّه إنَّما فعل ذلك معتقدا جوازه وردَّه إلى موضعه.

فأمَّا إذا أودعها [غيره][1]:

فإنْ كان مِن عذر؛ فلا ضمان عليه.

وإنْ كان مِن غير عذر:

فإنِ استرجعها إليه؛ فلا ضمان عليه.

وإنْ تَلِفت عند المُودَع الثاني؛ ضمنها المُودَع الأول.

ووزانه في مسألتنا: أنْ لا يردَّ ما أنفق؛ فيبقى[2] الضمان عليه.

وأمَّا إذا جحدها ثمَّ اعترف بها فقد أجبنا عنه، وبالله التوفيق.

فصل:

وما قدمنا مِن سقوط الضمان عنه بالردِّ في قول مالك هو فيما له مِثل، وإذا تلف لَزِم مِثله لا قيمته؛ مثل الدراهم والدنانير والحنطة، وكلُّ ما يُكال ويُوزن.

فأمَّا ما لَا مِثل له كالثوب[3] والعُروض؛ فإنَّه لا يبرأ بردِّ مثله ولا قيمته.

والفرق بين الموضعين هو:

---

(1) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(2) في (ع): (فبقي).

(3) في (ع): (كالثياب).

أنَّ ما له مِثلٌ؛ فإنَّ مِثله يَقوم مقامه لتساوي أغراض الناس فيه، ولا يحتاج فيه إلى الاجتهاد.

وما لا مِثل له؛ فإنَّما يَرُد قيمته، والقيمة يُحتاج فيها إلى اجتهاد وحُكم، ولا يسقط الضمان عنه بحكمه لنفسه، والله أعلم.

فصل:

إذا ردَّ مِثل ما أنفق ممَّا له مِثلٌ، فهل يبرأ بنفسِ قوله: «إنِّي قد رددت»، أو يحتاج إلى إشهادِ أنَّه قد ردَّ[1]؟ فيها روايتان:

إحداهما: أنَّه يبرأ بنفس قوله.

والأخرى: أنَّه لا يبرأ إلا أنْ تقوم له بينةٌ بردِّه[2][3].

فوجه قوله: «إنَّه يبرأ بنفسِ قوله»: فلأنَّ ذلك موكولٌ إلى أمانته، كما لو ادَّعى تلفها أو ردَّها إلى مالكها.

ولأنَّ إنفاقه إيَّاها على وجه التأويل واعتقاد ردِّها لا يجرح أمانته، ولا يخرجه إلى الفسق؛ فوجبَ أن يُقبل قوله.

ووجه قوله: «إنَّه لا يُقبل إلَّا ببيِّنة»؛ فلأنَّ كلَّ مَن أقرَّ بدَين في ذمته وادَّعى ما يسقطه عنه فلا يقبل إلا ببيِّنة؛ أصله: إذا أقرَّ بدينٍ لرجل ثم ادَّعى أنَّه قضاه[4] فلا يُقبل منه إلَّا ببيِّنة أو تصديق مِن صاحب الدَّين له.

(1) في (ع): (ردها).

(2) في (ع): (بِردٍّ).

(3) ينظر: المدونة (4/ 435)، والنوادر والزيادات (10/ 433).

(4) في (ع): (قد قضاه).

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ومَن تَجَر بوديعة فذلك مكروه، والرِّبح له إنْ كانت عَيْنًا، وإنْ باع الوديعة وهي عَرْض فربُّها مُخيَّر [1] في الثَّمَن أو [2] القيمة يوم التَّعَدِّي).

قال القاضي -رحمه الله-:

هذا لأنَّ ربَّها إنَّما أودعها ليحفظها لا ليتَّجر بها، فإذا تجر بها كُره له ذلك؛ لأنَّه فَعَل خلاف غرضِ [صاحبها][3]، وقد قال -عليه السلام-: «لا يحل مال امرئ مُسلمٍ إلا عنْ طِيب نفسٍ منه»[4]؛ [وهذا عامٌّ][5] في أعيان الأموال، وفي التصرف فيها.

فإنْ فَعَل؛ فالرِّبح بالضمان، لأنَّه [لَمَّا ضَمنه] كان [رِبحه له.

ويُفارق][6] ذلك إذا أبضع معه بضاعة يشتري[7] له بها شيئًا للتجارة فاشترى لنفسه؛ هناك يكون الرِّبح لصاحب البضاعة، لأنَّه قَصَدَ طلبَ التنمي والرِّبح في المال، فلسبب هذا[8] للمُبضِع معه قطعه عنه، [ونقلُ][9] النماء إلى نفسه.

(1) في (ع): (بالخيار).

(2) في (ع): (و).

(3) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(4) تقدم تخريجه (ص: 48).

(5) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(6) طمس في (خ) في الموضعين، والمثبت من (ع).

(7) في (ع): (ليشتري).

(8) في (ع): (فليس لهذا المبضع).

(9) في (خ): (ونقال)، والمثبت من (ع).

وإنْ هلك المال؛ فالضمان عليه بتعدِّيه، والمُودِع فإنَّما[1] قَصَد حفظ الوديعة وحرزها، ولم يرد بها الربح والتنمية.

هذا إنْ[2] كانت عينا، لأنَّ عليه في العين رد مثله.

فأمَّا إذا كانت عَرضا؛ فإنَّ صاحبها مُخيَّر:

إنْ شاء أخذ الثمن الذي بِيع[3] به، وأجاز البيع.

وإنْ شاء ضمَّنه قيمته[4] يوم التَّعدِّي؛ لأنَّ هذا هو الأصل فيمَن تعدَّى في مال غيره أنَّه يضمن قيمته يوم التَّعدِّي، إلا أنَّ لصاحبه أنْ يسقط عنه ذلك بأخذه[5] الثمن؛ لأنَّه بدلُ سلعته، والله أعلم.

مسألة

قال -رحمه الله-:

(ومَن وجد لقطة فليُعرِّفها بموضع [6] التعريف لها[7] سنة[8]، فإنْ تمت سنة ولم يأتِ لها أحدٌ؛ فإنْ شاء حَبسها، وإنْ شاء تصدَّق بها وضَمِنَها لربِّها إنْ

---

(1) في (ع): (إنَّما).

(2) في (ع): (إذا).

(3) في (ع): (بيعت).

(4) في (ع): (قيمتها).

(5) في (ع): (بأخذ).

(6) في (ع) زيادة: (يرجو).

(7) في (ع): (بها).

(8) قوله: (سنة) ليس في (ع).

جاء، وإنِ انتفع بها ضَمِنَها، وإنْ هلكت قَبل السنة أو بعدها من غير تفريط[1] لم يَضْمَنْها).

قال القاضي -رحمه الله-:

قوله: (إنَّه يُعرِّفها سنة)؛ فالأصل فيه:

ما رواه مالك عن ربيعة عن يزيد مولى المُنبعث عن زيد بن خالد الجهني [أنَّه][2] قال: جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فسأله عن اللُّقطة فقال: «اعرف عِفاصها ووكاءها، ثم عرِّفها سنة، فإنْ جاء صاحبها وإلا فشأنك بها»[3].

وروى مالك عن أيوب بن موسى عن معاوية بن عبد الله [بن بدر][4] الجهني: أنَّ أباه أخبره أنَّه نَزَل منزلا يوما[5] بطريق الشام، فوجد[6] صُرَّة [فيها ثمانون][7] دينارا، فذكرها لعمر؛ فقال له عمر -[رضي الله عنه]-: «عَرِّفها على أبواب المساجد، واذْكرها لمَن يَقدم مِن الشام، فإذا مضت[8] سنة فشأنك بها»[9].

---

(1) في (ع): (بغير تحريك).

(2) زيادة من (ع).

(3) رواه مالك في الموطأ (2802)، ومن طريقه البخاري (2372)، ومسلم (1722).

(4) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(5) قوله: (يوما) ليس في (ع)، وفي الموطأ: (منزل قوم).

(6) في (ع): (فوجد فيها).

(7) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(8) في (ع): (مرت).

(9) رواه مالك في الموطأ (2803).

ولأنَّه لمَّا احتِيج في تعريفها [إلى ضربٍ مِن المُهلة][1] ليَعثر على مالكها، وجاز أنْ يكون [صاحبها][2] غائبا أو حاضرا [لا يجيء][3] إلا بعد مدة؛ وجب أنْ يُزاد في المهلة [لجواز][4] أنْ يجيء مِن غيبته.

ولم يكن بعض المدة بأولى مِن بعض، فجعلت السَّنَة غاية ذلك؛ لأنَّها أوسط ما يمكن أنْ يُجعل أجلا لمثل[5] هذا، كما جُعلت حدًّا في أجل العِنِّين، ووجوب الزكاة، وغير ذلك.

وقوله: (إنَّه يُعرِّفها بموضع [6] التعريف لها[7])؛ فإنَّه يريد في المواضع التي يغلب على الظنِّ إصابة صاحبها فيها؛ لأنَّ الغرض بالتعريف أنْ يعثر على صاحبها، فوجب[8] أنْ يكون كلُّ ما قرُب مِن ذلك كان أولى.

وفي حديث عُمر الذي رويناه: «عرِّفها على أبواب المساجد، واذْكرها لمَن يَقدم مِن الشام»[9]؛ وذلك لمَّا ذكر له أنَّه وجدها بمنزلٍ في طريق الشام.

وقوله: (إنَّ السَّنَة إذا تمَّت ولم يأت أحد؛ فإنْ شاء حبسها، [وإنْ شاء

---

(1) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(2) في (خ): (صاحبه)، والمثبت من (ع).

(3) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(4) في (خ): (بجواز)، والمثبت من (ع).

(5) في (ع): (في مثل).

(6) في (ع) زيادة: (يرجو).

(7) في (ع): (بها).

(8) في (ع): (فيجب).

(9) رواه مالك في الموطأ (2803) وتقدم قريبا.

تصدَّق بها وضمنها)، فلقوله: «فإنْ جاء صاحبها» -يعني: بعد السَّنَة- «وإلا فشأنك بها»[1]؛ وهذا لفظ إباحة وإطلاق.

(فإنْ شاء حبسها)][2]، وكانت أمانة في يده كالوديعة، فإنْ سَلِمت فلربِّها، وإنْ تلفت فمِن ربِّها.

(وإنْ شاء تصدَّق بها)؛ لأنَّه ليس عليه حفظها بعد السَّنَة، لِمَا في ذلك عليه مِن المشقة والكُلفة.

وإنْ تصدَّق بها فبشرط الضمان؛ لأنَّه ليس له أنْ يتصدق بمال غيره، [ويتلفه][3] عليه مِن غير إذن منه له في ذلك.

فإنْ جاء صاحبها خيَّره بين الأخذ وبين الضمان.

وإنْ شاء استسلفها فكانت دَينا في ذمته، ويُكره له ذلك عندنا.

فإنْ فعل فَقَدْ مَلَكها وتعلقت بذمته لربِّها.

وإنْ هلكت قَبل السَّنَة أو بعدها مِن غير تفريط ولا تعدٍّ مِن الملتقط؛ فلا شيء عليه فيها، لأنَّها في يده أمانة كالوديعة.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(وإذا عَرَفَ طَالِبُها العِفاصَ والوِكاءَ أخذَها).

---

(1) رواه البخاري (2372)، ومسلم (1722).

(2) ما بين معقوفين زيادة من (ع).

(3) في (خ): (فسلفه)، والمثبت من (ع).

قال القاضي -رحمه الله-:

وهذا كما قال، إذا جاء طالب اللقطة فعَرَّف العِفاص والوِكاء دُفعت إليه، ولم يكلَّف البينة.

واختلف أصحابنا: هل يحلف أم لا؟

فمنهم مَن قال: يحلف.

ومنهم مَن قال: لا يحلف[1].

وقال أبو حنيفة [و/433] والشافعي: لا تدفع إليه -وإنْ عَرَّف العفاص والوكاء- إلا ببينة[2].

واستدلوا بقوله [ﷺ]: «البينة على المدَّعي»[3].

---

(1) ينظر: النوادر والزيادات (10/ 472).

(2) ينظر: الأم (5/ 137-138)، وشرح مختصر الطحاوي للجصاص (4/ 45).

(3) رواه الترمذي (1341) من طريق محمد بن عبيد الله العرزمي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعا، وقال: «هذا حديث في إسناده مقال، ومحمد بن عبيد الله العرزمي يضعف في الحديث من قبل حفظه، ضعفه ابن المبارك، وغيره».

ورواه البيهقي في «الكبرى» (21200-21201) من طريقين عن ابن جريج عن ابن أبي مليكة عن ابن عباس مرفوعا، بلفظه، و(21197-21199) من طرق -منها ما هو في الصحيحين- عن ابن جريج به، بلفظ: «اليمين على المدعى عليه».

وقال: «هذه رواية الجماعة عن ابن جريج».

وهذا إعلال منه للرواية الأولى.

ورواه (21203) من طريق نافع بن عمر عن ابن أبي مليكة به، بلفظ المصنف، و(21202) من طريق «الصحيح» عن نافع بن عمر عن ابن أبي مليكة به، بلفظ: «قضى باليمين على المدعى عليه».

وقال: «على هذا رواية الجمهور عن نافع بن عمر».

=

وهذا مُدَّعٍ[1].

وبقوله: «فإنْ جاء صاحبها فادفعها إليه»[2]؛ و[مَن][3] ليس بصاحبها فلا يجوز دفعها إليه.

ولأنَّ ذِكر صفات الشيء ليس ممَّا يُوجب تسليمه إلى مدَّعيه؛ [أصله: إذا كانت عند رجل][4] وديعة فنسي عَين مُودعها، فجاء رجل فوصفها وادَّعى أنَّه هو المُودِع، فإنَّه لا يجوز تسليمها إليه بذلك.

وكذلك لو سَرق مِن رجلٍ لا يعرفه شيئا، فجاء رجلٌ فادَّعى أنَّه هو المسروق منه وأعطى علامته؛ فإنَّه لا يلزمه تسليمه[5] إليه.

[ولأنَّ][6] وصفه اللقطة تحقيقٌ[7] لدعواه؛ وذلك لا يوجب دفعها إليه.

ولأنَّه يحتمل أنْ يكون سَمِع مالكَها يصِفها، فيقول: «ضاعَ منِّي كيس علامته كذا»؛ فلا يجوز تسليمه إليه بمعرفةٍ للعلامةِ[8].

وهذا إعلال منه أيضا للرواية الأولى، ثم ختمه بقوله (10/ 428): «روينا حديث: «البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه» من أوجه أخر؛ كلها ضعيفة».

(1) في (ع): (مدعي).

(2) رواه البخاري (2436) ومسلم (1722) بلفظ: «فأدها إليه».

(3) زيادة من (ع).

(4) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(5) في (ع): (لا يلزم تسليمها).

(6) في (خ): (وأن)، والمثبت من (ع).

(7) في (ع): (ولأن وصف اللقطة تحقيقا).

(8) في (ع): (العلامة).

ولأنَّها لا تخلو أنْ تكون في يد الملتقط أمانة أو ضمانا:

فإنْ كانت أمانة؛ فهي كالوديعة، والمُدَّعي وديعته[1] في يد غيره لا يُعطاها بالصفة.

وإنْ كانت مضمونة؛ فهي كالغصب، ومَن غصب شيئا مِن رجُلٍ فجاء رجُل فادَّعاه وأعطى صفته[2] فإنَّه لا يُعطاه بالصفة.

ودليلنا:

ما روى مالك والثوري وحماد بن سلمة عن ربيعة عن يزيد مولى المنبعث عن زيد بن خالد الجهني قال: جاء رجل إلى النبي ﷺ فسأله[3] عن اللقطة، وقال[4] له: «اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرِّفها سنة، فإنْ جاء صاحبها فعَرَّفَ عفاصها ووكاءها فادفعها إليه»[5].

هذا لفظ[6] حديث حماد بن سلمة عن ربيعة[7].

---

(1) في (ع): (وديعة).

(2) في (ع): (صفاته).

(3) في (ع): (فسأل).

(4) في (ع): (فقال).

(5) مالك في «الموطأ» (2802)، والبخاري (2427) ومسلم (1722[3]) من طريق الثوري، ومسلم (1722[6]) من طريق حماد بن سلمة، به بنحوه.

(6) في (ع): (اللفظ).

(7) رواه مسلم (1722 [6])، وفيه: «فعرف عفاصها وعددها ووكاءها فأعطها إياه»، وقال أبو داود في «السنن» (1708): «وهذه الزيادة التي زاد حماد بن سلمة في حديث سلمة بن كهيل ويحيى =

ورواه حماد أيضًا[1] عن يحيى بن سعيد وربيعة بإسناده، وروى[2] فيه: «فإن جاء باغيها فعَرَّف عِفاصها وعددها فادفعها إليه»[3].

وروى الثوري عن سلمة بن كُهَيل عن سُوَيد بن غَفَلة قال: أتيت أُبيَّ بن كعب فقلت: إنِّي وجدت صُرَّة في مَنَاخ قوم فيها مائة دينار، فأتيت بها النبي ﷺ فقال: «عرفها حولا» ففعلت، ثم أتيته[4] الثانية والثالثة؛ فقال: «اعلم وكاءها ووعاءها [وعددها][5]، فإنْ جاء أحد يخبرك بعدتها فادفعها إليه وإلا فاستنفع بها»[6].

ففي هذه الأخبار دليلان:

أحدهما: أمرُه بدَفعها إلى مدَّعيها إذا عَرَّف العفاص والوكاء مِن غير مطالبة ببينة.

والثاني: قوله: «اعلم عفاصها ووكاءها»، ولا فائدة في أمره أنْ يَعرف عفاصها ووكاها إلَّا مَن أعطى صفتها دُفعت إليه، وإلا فما الفائدة في ذلك؟!

ابن سعيد وعبيد الله بن عمر وربيعة: «إن جاء صاحبها فعرف عفاصها ووكاءها فادفعها إليه» ليست بمحفوظة»، وقال البيهقي في «السنن الكبرى» (12111): «وهذه اللفظة ليست في رواية أكثرهم، فيشبه أن تكون غير محفوظة كما قال أبو داود».

(1) في (ع): (وأيضا ما روى).

(2) في (ع): (وزاد).

(3) ينظر التخريج قبله.

(4) في (ع): (أتيت).

(5) زيادة من (ع).

(6) رواه مسلم (1723 [10])، من طرق عن الثوري، به.

وإنَّ البيِّنات[1] تُرتَّب[2] في الأصول على حسَب الأحوال المشهود فيها، وما تدعو الحاجة إليها؛ ففي الضرورة يجوز ما لا يجوز في غيرها؛ نحو شهادة [النساء فيما لا][3] يطَّلع عليه الرجال، وإسقاط البينة عن الوصي وولي اليتيم فيما ينفقه[4] لتعذر ذلك.

فكذلك في هذا الموضع؛ لمَّا كانت إقامة[5] البينة على اللقطة يتعذر ويشقُّ [جاز أنْ يحكم فيها بإعطاء الصفة للضرورة.

ولأنَّه لو كلِّف في هذا ببينة لأدى ذلك إلى ترك انتفاع الناس بأموالهم.

وإذا ثبت ذلك؛ فقوله: «البينة على المدَّعي»[6] عنه جوابان:

أحدهما: أنَّه لا يتناول][7] مسألتنا؛ لأنَّه جَعل[8] مدَّعيا في مقابلة مدَّعى عليه، ومَن في يده اللقطة ليس بمدَّعى عليه؛ فلا يكلف هذا البينة بإزائه.

والثاني: أنَّه قد أقام البينة؛ لأنَّ البينات تترتب على حسب ما بيناه، وذِكر[9] العلامة بيِّنة مثله.

---

(1) في (ع): (لأنَّ البينة).

(2) في (ع): (ترتبت).

(3) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(4) في (ع): (يدفعه).

(5) في (ع): (إقامته).

(6) تقدم تخريجه (ص: 129).

(7) خرم في (خ)، والمثبت من (ع).

(8) في (ع): (جعله).

(9) في (ع): (وذكره).

وقولهم: «مَن لا يعلم صاحبها لا يُسلمها إليه»؛ عنه جوابان:

أحدهما: أنَّه لا يجوز أنْ يراد [بالعلم][1]: القطع، وإنَّما نريد مِن طريق تَغْلب على الظنِّ، وهذا موجود فيمَن يُعطِي العِفاص والوِكاء كوجوده مع شهادة الشاهدَين.

والثاني: أنَّ المراد [و/434] به طالبها؛ لأنَّه قد قال في الأخبار الأُخر: «فإن جاء باغيها»[2]، «فإنْ جاء أحد يدَّعيها»[3].

وقولهم: «إنَّ ذِكر صِفات الشيء لا يوجب تسليمه إلى مدَّعيه؛ كالوديعة [والسرقة][4]».

فأمَّا الوديعة؛ [فإنَّ القاضي[5] -رحمه الله- ذكر خلافا][6] عن أصحابنا.

فإن قلنا: نُسلمها إليه؛ سقط السؤال.

وإن قلنا: لا نُسلمها [إليه][7] فَصَلنا بينها [وبين اللقطة بإمكان الإشهاد في الوديعة وتعذره في اللقطة.

وأمَّا السرقة؛ فإنَّه يُسلِّمها إلى مدَّعيها بالعلامة][8]؛ كاللقطة.

---

(1) في (خ): (به العلم)، والمثبت من (ع).

(2) رواية أبي داود في «سننه» (1706).

(3) لم أجد هذا اللفظ فيما بين يدي من مراجع.

(4) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(5) القاضي إسماعيل بن إسحاق المالكي (ت282هـ).

(6) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(7) زيادة من (ع).

(8) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

نصَّ أصحابنا على هذا.

وقولهم: «إنَّ إعطاء العلامة تحقيق لدعواه، وذلك لا يوجب دفعها إليه»؛ فقد [جعله صاحب الشرع قائما مقام البينة فوجب اتِّباعه.

وقولهم: «يحتمل أنْ يكون سَمِع مالكها][1] يذكر صفتها»؛ تركٌ للظاهر، ولا سبيل إلى ذلك بالاحتمال، على أنَّ هذا كلَّه معارَضَة بالأخبار، [وهي تقضي عليه.

وقولهم: «لا يخلو إمَّا أنْ][2] يكون أمانة أو ضمانا»؛ فهي أمانة وليس بضمان.

والوديعة؛ قد ذكرنا ما فيها.

والغصب؛ إذا قال: «قد[3] غَصَبت [هذا الشيء لإنسان ولست أعرفه» فجاء مَن][4] ادَّعى أنَّه هو المغصوب منه، وأعطى العلامة؛ فإنَّ القاضي يقول: «تُدفع إليه».

فقد ألزمنا[5] السؤال.

[وبالله التوفيق.

---

(1) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(2) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(3) قوله: (قد) ليس في (ع).

(4) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(5) في (ع): (التزمنا).

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه][1] الله -:

(ولا يأخذُ الرجل ضالَّة الإبل مِن الصحراء، وله أَخْذُ الشاة، ويأكلها إنْ كانت بفَيْفَاءَ لا عمارة فيها).

[قال القاضي -رضي الله عنه-:

أمَّا ضالة الإبل: فليس له أنْ يأخذها على وجه الالتقاط.

والأصلُ في ذلك:

ما رُوي في حديث مالك عن ربيعة][2] عن يزيد مولى المنبعث عن زيد [ابن خالد][3] الجهني أنَّه قال: جاء رجل إلى النبي ﷺ فسأله عن اللقطة».

فذكر إلى أنْ قال:

«فَضَالة الغنم؟ قال: «لك أو لأخيك أو للذئب»، قال: فضَالة الإبل؟ قال: «ما لك ولها، معها سقاؤها وحذاؤها، تَرِد الماء وتأكل الشجر حتى يَلْقَاها ربُّها»[4].

وروى [مالك][5] عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار: «أنَّ ثابت بن

---

(1) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(2) خرم في (خ)، والمثبت من (ع).

(3) زيادة من (ع).

(4) «موطأ مالك» (2802)، ومن طريقه البخاري (2429)، ومسلم (1722).

(5) زيادة من (ع).

الضحاك وجد بعيرا بالحرَّة فعرَّفه، ثم ذكر[1] لعمر بن الخطاب فأمره -رضي الله عنه- أنْ[2] يُعرِّفه، فقال: قد فعلت، فقال له ثابت: إنَّه قد شغلني عن ضيعتي، فقال له عمر: أرسله حيث وجدته»[3].

والفرق بينه وبين ضالة الغنم:

أنَّ الإبل تحفظ نفسها، ولا يُخاف عليها الهَلكة مِن ذئب ولا غيره؛ فربما يجيء صاحبها فيأخذها، ولا يخاف عليها؛ لأنَّها تَمنع [عن][4] نفسها.

والغَنَمُ بخلاف ذلك؛ لأنَّها لا تَمنع عن نفسها مِن السِّباع والحيوان المفترس[5]؛ وهذا معنى ما نَبه [عليه][6] النبي -عليه السلام- [بقوله][7]: «هي لك أو لأخيك أو الذئب».

فصل:

فإذا ثبت هذا؛ فإذا وجدَ شاة بفلاةٍ مِن الأرض فينظر:

فإنْ كان بقُربها بلد[8] أو قرية أو موضع عمارة فليس له أكلها[9]، فإن أكلها

---

(1) في (ع): (ذكره).

(2) في (ع): (لعمر ابن الخطاب -رضي الله عنه-، فأمره عمر أن).

(3) رواه مالك في «الموطأ» (2808)، به، بنحوه.

(4) زيادة من (ع).

(5) في (ع): (المفترسة).

(6) زيادة من (ع).

(7) زيادة من (ع).

(8) في (ع): (بلدا).

(9) في (ع): (لم يأكلها).

غَرم قيمتها لمالكها؛ لأنَّه أتلف عليه مالًا له قيمة، كما لو أتلفه عليه في البلد.

وإنْ كان في المفاوز التي لا أَنِيس بها[1]، ولا بِقُربها عمارة، وإنْ بَقيت بموضعها[2] فالغالب [عليها][3] تلفها بالسِّباع والذئاب، فإنْ شاء أكَلها، ولا غُرم عليه لصاحبها[4].

وقال أبو حنيفة والشافعي: «ليس له أكلها، فإنْ فعل ضمنها»[5].

وذكر الشيخ أبو بكر[6]: أنَّها رواية[7] بعض المدنيين عن مالك[8].

فالدليل[9] للرواية المشهورة:

قوله في حديث مالك الذي رويناه: وسُئل عن ضالة الغنم [فقال][10]: «هي لك أو لأخيك أو للذئب».

وأحسبُ إسماعيل بن جعفر روى عن ربيعة[11]: «خُذها فإنَّما هي لك أو

---

(1) في (ع): (فيها).

(2) في (ع): (في موضعها).

(3) زيادة من (ع).

(4) ينظر: المدونة (4/ 457).

(5) ينظر: الأم للشافعي (5/ 135-136).

(6) هو: الأبهري.

(7) في (ع): (رواية عن).

(8) ينظر: الإشراف للمصنف (3/ 269).

(9) في (ع): (والدليل).

(10) زيادة من (ع).

(11) في (ع): (وفي حديث إسماعيل بن جعفر عن ربيعة).

لأخيك أو للذئب»[1].

ففيه أدلة:

أحدها: أنَّ [هذا][2] تنبيهٌ على أنَّها في حكم المتلفة[3]؛ لأنَّك إنْ أخذتها أنت وإلا أكلها غيرك أو الذئب، وما هو مُعرض للتلف ومصيره إليه فلا قيمة في إتلافه.

والثَّاني: أنَّه أضافها إلى مَن أخذها[4] كإضافته إيَّاها إلى الذئب على حدٍّ واحدٍ؛ فدلَّ على أنَّ إتلافه لها لا يتعلق به غُرمٌ، كما لا يتعلق بإتلاف الذئب لها غُرم. [و/ 435]

ولأنَّ ما هذه سبيله لا قيمة له في موضعه، ولا يمكن تعريفه، فلا يخلو:

أنْ يمتنع أخذُها؛ وهذا خلاف الإجماع.

أو أنْ يُلزَم حفظها في منصرفها [وسوقها][5] إلى قرية تُعرف فيه، وهذا تلحق فيه[6] مشقة لم يُكلَّفها.

أو يُباح أكلُها بشرط الضمان؛ [فما][7] هذه سبيله إنَّما يكون بعد التعريف

---

(1) رواه البخاري (2436)، ومسلم (1722 [2]) مِن طريق قُتيبة عن إسماعيل بن جعفر، به، بمثله، في سياق طويل.

(2) زيادة من (ع).

(3) في (ع): (المتلف).

(4) في (ع): (إلى واجدها).

(5) زيادة من (ع).

(6) في (ع): (منه).

(7) في (خ): (فيما)، والمثبت من (ع).

دون نفس الوجود.

فلم يبقَ إلا ما نقوله مِن إباحة [أكلها][1] بغير ضمان.

[واحتجَّ][2] مَن خالفنا[3]: بقوله ﷺ: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طِيب نفس [منه][4]»[5].

وهذا معناه: ممَّا له قيمة دون ما لا قيمة له.

قالوا: ولأنَّه أتلف[6] مال غيره بغير إذن منه ولا إياسٍ؛ فأشبه الوديعة.

فالجواب: أنَّ الشاة إذا لم تكن لها قيمة بموضع وجدَها مع[7] خوف التلف عليها وأخذِ [السباع][8] لها، ولا قرية يضمها إليها؛ فهي في حكم المتلفة، فلا يقال: «إنَّها تَلَف»، ولا: «إنَّها مال»؛ والوديعة بخلافها.

قالوا: ولأنَّها لقطة؛ كغير الشاة.

وهذا لا معنى له؛ لأنَّ ما صفته صفة الشاة مِن الملتقطات بمثابتها.

---

(1) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(2) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(3) في (ع): (المخالف).

(4) في (خ): (به)، والمثبت من (ع)، ومصادر التخريج.

(5) رواه أحمد (23605)، من طريق سهيل بن أبي صالح عن عبد الرحمن بن سعيد عن أبي حُميد الساعدي، به بمثله، قال البيهقي - وقد ذكر للحديث طرقا -: «وإذا ضُمَّ بعضه إلى بعض صار قويًّا، وأصحُّ ما رُوي فيه: حديث أبي حُميد». [معرفة السنن والآثار (8/ 306)].

(6) في (ع): (ولأن إتلاف).

(7) في (ع): (في).

(8) في (خ): (المبتاع)، والمثبت من (ع) أنسب للسياق.

قالوا: ولأنَّه لو وجدها بقُرب قرية فأكلها ضمنها، كذلك الفلاة؛ كسائر الحيوان.

فالجواب: أنَّ وجودها بقُرب قرية يُمكن[1] أنْ يحوزها مِن التلف، فله طريق إلى حفظها مِن غير مشقة، وفي الفلاة بخلاف ذلك، والمعنى في غيرها مِن الحيوان أنَّه لا[2] يُخشى عليه مِن التلف ما يُخشى على الشاة؛ كضالة الإبل وغيرها.

قالوا: ولأنَّ حال أكله لها لا يخلو أنْ يكون على ملك ربِّها أو الملتقِط؛ فإن كان على ملك ربِّها فليس لأحد أنْ ينتفع بمال غيره إلا بشرط الضمان، وإنْ كان على غير ملكه[3]؛ فالأصلُ بقاؤها على ملكه.

فيُقال لهم: هي على مِلك ربِّها، لكن في حكم المتلفة[4]، كما لو أخذها السَّبُع، هي[5] -في حال نهشه إيَّاها- على ملك ربِّها لكن لا قيمة لها.

ولأنَّه قد أبيح [لواجدها][6] أنْ يتملكها، وإنْ [كانت][7] على ملك ربِّها؛ كالطعام في أرض العدو، لواجده أنْ يأكله مِن غير شرط ضمان، وإنْ كان

---

(1) في (ع): (يمكنه).

(2) قوله: (لا) ليس في (ع).

(3) في (ع): (ملك غيره).

(4) في (ع): (المتلف).

(5) في (ع): (وهي).

(6) في (خ): (لو أخذها)، والمثبت من (ع) أليق بالسياق.

(7) في (خ): (كان)، والمثبت من (ع) أليق بالسياق.

ملكًا لجملة الغانمين، والله أعلم.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ومَن استهلك عَرْضًا فعليه قيمته، وكلُّ ما يُوزَن ويُكال فعليه مِثْلُهُ).

[قال القاضي -رضي الله عنه-][1]:

والأصل في ذلك:

قوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة:194].

وقوله -[عزَّ وجلَّ]-: ﴿وَجَزَٰٓؤُا۟ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا﴾ [الشورى:40].

وقوله: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا۟ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِۦ﴾ [النحل:126].

وقال النبي ﷺ: «طعام كطعام، وصحفة كصحفة»[2]؛ فأوجب الله تعالى للمعتدى عليه أنْ يرجع على المعتدي بمثل ما اعتدى عليه، فإذا فعل ذلك فقد استوفى حقَّه.

والمِثل مِثلان:

مِثْلٌ مِن طريق الخِلقة والصورة.

ومِثْلٌ مِن طريق القيمة.

فإنْ كان الشيء المتلَف ممَّا له مِثْلٌ مِن طريق الخِلقة والصورة؛ لزم الجاني

---

(1) زيادة من (ع).

(2) رواه الترمذي (1359)، من حديث أنس، به، بنحوه، وقال: «حديث حسن صحيح»، وأصله عند البخاري في «صحيحه» (2481).

ردُّ مثله، ولم تلزمه قيمته؛ لأنَّ القيمة إنَّما يُصار إليها عند تعذر المِثل مِن طريق الخِلقة، لأنَّها قائمة مقامها، لأنَّها ضرب مِن الحُكم والاجتهاد في كونها مُعادِلة للمتلَف.

فإذا وُجد المِثل مِن طريق الجنس؛ فهو الأصل، فكان أولى، وذلك مثل الحنطة والشعير و[العلس][1]، وكلِّ ما يكال ويوزن.

وإنْ كان المتلف مثل الثياب والحيوان وسائر العروض؛ فإنَّه يرجع بمثلها مِن طريق القيمة؛ لأنَّ مثلها مِن [طريق][2] الجنس يتعذر، فيعدل[3] إلى القيمة، والله أعلم.

مسألة

قال -رحمه الله-:

(والغاصب ضامنٌ لِمَا غَصب، فإنْ ردَّ ذلك بحالِه فلا شيء عليه، وإنْ[4] تغيَّر في يديه[5] فربُّه مُخيَّرٌ بين أخذه بنقصه أو تضمينه القيمة، ولو[6] كان النقص بتعدِّيه؛ خُيِّر أيضًا في أخذه وأخذ ما نقصه، وقد [و/ 436] **اختُلف في ذلك).**

---

(1) في (خ): (العسل)، والمثبت من (ع)، وهو الأليق بالسياق، والعلس: ضرب من القمح يكون في الكمام منه حبتان، يكون بناحية اليمن. [تهذيب اللغة للأزهري (2/ 58)].

(2) زيادة من (ع).

(3) في (ع): (فعُدل).

(4) في (ع): (فإن).

(5) في (ع): (يده).

(6) في (ع): (وإن).

قال القاضي -رحمه الله-:

قوله: (إنَّ الغاصب ضامنٌ لِمَا غَصب)؛ فلأنَّه متعدٍّ بإمساكه[1] ما غصبه ومَنعِ مالكه منه؛ فلزمه ضمانه بتعدِّيه[2].

ولا فرق بين جميع ما يُغصب مِن حيوان أو عروض[3] أو عقار أو غير ذلك؛ فمتى غصبَ شيئًا مِن ذلك فتَلِف عنده -على[4] أي وجه تَلِف- فإنَّه ضامنٌ لقيمته يوم الغصب أو لمثله إنْ كان ممَّا له مِثل.

هذا قولنا وقول الشافعي[5].

وقال أبو حنيفة: «كلُّ ما لا يصحُّ نقله كالضياع والعقار فإنَّ الغاصب لا يضمنه بإخراجه عن يد مالكه؛ إلا بأنْ يجني هو عليه فيتلف، فيضمنه بالإتلاف والجناية»[6].

فدليلنا:

قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلسَّبِيلُ عَلَى ٱلَّذِينَ يَظۡلِمُونَ ٱلنَّاسَ﴾ [الشورى: 42]؛ فجَعل على الظالم سبيلا بظلمه، وهو عامٌّ.

ولأنَّ كلَّ معنى يُضمن به ما يُنقل ويُحوَّل مِن الأعيان فإنَّه يُضمن به ما لا

---

(1) في (ع): (بإمساك).

(2) نقله عن المصنف صالح الهسكوري في «شرح الرسالة» [89/ ب].

(3) في (ع): (عرض).

(4) في (ع): (وعلى).

(5) ينظر: المدونة (4/ 178-179)، والأم (4/ 518-519).

(6) ينظر: الأصل (12/ 128).

يُنقل منها ولا يُحوَّل؛ [أصلُ ذلك: القبض في البيع؛ لمَا ضُمِّن به ما يُنقل ويُحوَّل مِن الأعيان، ضُمِّن به ما لا يُنقل ولا يُحوَّل][1].

ولأنَّ العقار والنخل والشجر [أعيانٌ تضمن][2] بالقبض في عقدٍ؛ فوجب أنْ تضمن بالغصب؛ اعتبارا بالعروض وغيرها ممَّا يمكن ويتأتَّى نقلُه وتحويلُه.

ولأنَّ معنى الغصب الذي به يتعلق الضمان، وهو إزالة يد مالكه عن العين بغير حقٍّ وحصوله في قبضه وحوزه دون قبضِ [مالكه][3]؛ بدليل ثبوت هذا المعنى [فيما][4] يُنقل ويُحوَّل، وإذا ثبت ذلك؛ فهذا موجود في العقار، فوجب أنْ يضمن بالغصب.

ويُبيِّنُ ذلك: أنَّ مَن غَصب رجلا دارا وأزال يد المالك عنها، وحصلت في قبض الغاصب ويده، فتنازع فيها هو والمالك، ولم تقم بيِّنةٌ بالغصب؛ لَحُكم[5] بها للذي هي في يده -وهو الغاصب- لثبوتها بيده، ولو لم يكن له عليها يد؛ لم يحكم له بها[6]، فوجب أنْ يتعلق [بها][7] عليه ضمان الغصب.

(1) زيادة من (ع).

(2) في (خ): (بأعيان ويضمن)، والمثبت مِن (ع).

(3) في (خ): (ماله)، والمثبت من (ع) وهو أليق بالسياق.

(4) في (خ): (مما)، والمثبت من (ع).

(5) في (ع): (فحكم).

(6) في (ع): (لربها).

(7) زيادة من (ع).

فإن قيل: إنَّ الشيء ما دام باقيا بالمكان الذي كانت يد المالك عليه ثابتة منه[1] وإنْ غاب عن مشاهدته؛ فإنَّ الغاصب غير متمكن مِن إتلافه والتصرف فيه، فلا تحصل حقيقة إزالة يد المالك عن العين.

قلنا: كلُّ هذا ليس يُخرجه عن إخراجه مِن قبض مالكه وحصوله في قبض الغاصب وحوزه بغير حقٍّ؛ فلا معنى لمراعاة بقائه في مكانه[2] أو نقله عنه إذا كانت الإحالة بينه وبين مالكه موجودة.

ولأنَّ الغصب سبب للضمان؛ فوجب أنْ يضمن به العقار والنخل، كالإتلاف.

وبيان ذلك:

أنَّ الأسباب الموجبة للضمان ثلاثة: وهي الإتلاف، والقبض، والغصب.

ثم قد ثبت أنَّ العقار يُضمن بالإتلاف وبالقبض في العقد؛ فكذلك يجب أنْ يُضمن بالغصب.

فإن قالوا: الفرق بين ما يُنقل ويُحوَّل وبين ما لا يُنقل ولا يُحوَّل: أنَّ ما يُنقل ويُحوَّل تحصل فيه الإحالة التي هي تعريضٌ له بالتلف؛ لأنَّ ما يَغيب عن مالكه يزول عنه مقاصده، فهو معرَّض للتلف لا محالة.

وليس كذلك حكم ما لا يُنقل ولا يُحوَّل؛ لأنَّ إزالة اليد مِن[3] غير نقلٍ

---

(1) في (ع): (فيه).

(2) في (ع): (ملكه).

(3) في (ع): (عن).

أخفض مرتبة[1] مِن إزالتها بالنقل والتحويل؛ لأنَّ إزالة اليد بالنقل والتحويل غاية التضييع.

قلنا: لا فرق بين الموضعين؛ لأنَّ إزالة اليد إذا وُجدت ظُلمًا فقد حصلت [الحيلولة][2]، فلا يُراعى تعريضه للتلف، ولا لغاية في ذلك دون ما قصر عنها؛ لأنَّا نراعي حصول السبب الموجب للضمان فقط.

فإن قالوا: لَمَّا لم يحصل مِن الغاصب نقلٌ ولا تحويلٌ لكون ما غصبه ممَّا لا يتأتَّى ذلك فيه؛ لم يحصل منه إلا الحيلولة [بين المالك][3] وبين ملكه ومنعه التصرف فيه، وهذا القدر لا يقتضي ضمان الملك بالغصب؛ كما لو غصب رجلا نَفسَه وحبسه في بيتٍ فإنَّه لا يضمن ما تلف مِن أمواله، وإنْ كان بغصبِه إيَّاه نفسَه قد حال بينه وبينها.

قلنا: ليس الأمر على ما ادَّعيتم مِن أنَّه لم يحصل مِن الغاصب إلا الحيلولة فقط [و/437] بل قد حصل منه ذلك وزيادة، وهو إثبات يد نفسه على المغصوب؛ وهذا المعنى يوجب الضمان.

فأمَّا إذا حبسه في بيت؛ فإنَّما لم يضمن أمواله لأنَّه ليس بغاصبٍ لها، ولا يدَ له عليها، ألا ترى أنَّه لا يَضمن منها ما يُنقل ويُحوَّل؛ فكذلك لا يَضمن منها ما لا يُنقل ولا يُحوَّل، اللَّهم إلا أنْ يكون حبسُه إيَّاه سببًا لإتلافه[4] ماله

(1) في (ع): (رتبة).

(2) في (خ): (بالحيلولة)، والمثبت من (ع).

(3) في (خ): (من الملك)، والمثبت من (ع).

(4) في (ع): (لإتلاف).

وتعريضا[1] له بالتلف؛ فإنَّه يضمنه.

فإن قالوا: لو كانت الدار تُضمن بحصول اليد عليها؛ لوجب إذا دخل رجل دار رجل يظنُّه فيها ولم يكن فيها أنْ تكون الدار مضمونة عليه بحصول يده عليها بغير إذن المالك.

وكذلك لو كان صاحبها فيها فكلفه الخروج فلم يخرج؛ فيجب أنْ يضمن، فلَمَّا أجمعنا على أنَّه لا يضمَّن في ذلك؛ ثبت أنَّ العقار لا يُضمَن بنفس حصول اليد [عليه][2].

قلنا: أمَّا إذا دخلها يظنُّ صاحبها فيها فإنَّه لم يَغصِب، ولا أزال يد مالكها عنها، ولا أثبت يد [نفسه][3] عليها، فلم يكن هاهنا وجهٌ يقتضي تضمينه، فإن اعتقد إزالة يد مالكها فإنَّه يضمنها بالغصب.

وأمَّا إذا كلَّفه صاحبها الخروج فلم يخرج فإنَّه لا يضمن؛ لأنَّ يد صاحبها لم تَزُل عنها، فبطل ما قالوه.

فإن قالوا: إنَّ القبض في الغصب بخلاف القبض في العقد؛ لأنَّ القبض في العقد هو بالتَّخلِية، وفي الغصب بالنقل والتحويل.

قالوا: ويُبيِّن ذلك أنَّ مَن غصب براحًا[4] وباعه فإنَّ المشتري يضمنه بالعقد؛ لحصول ما هو قبض فيه وهو التخلية، ثم إذا قامت بيِّنةٌ بالغصب لم

(1) في (ع): (وتعريض).

(2) زيادة من (ع).

(3) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(4) قال الجوهري: «البَراح، بالفتح: المتَّسع من الأرض لا زرع فيه ولا شجر» [الصحاح (1/ 355)].

يضمنها المشتري، ولا يكون للمالك مطالبته؛ لأنَّه لم يحصل منه ما هو قبضٌ في الغصب.

قلنا: القبض في العقار غير مُختلِفٍ في الموضعين:

فإنْ كان المشتري عالمًا؛ فهو ضامنٌ.

وإنْ لم يعلم؛ فلا ضمان عليه، إلا أنْ يَتلَف بسببٍ مِن جهته.

فبطل ما قالوه، وبالله التوفيق.

فصل:

فأمّا قوله: (**إنَّه إنْ ردَّه بحاله؛ فلا شيء عليه**)؛ فلأنَّه قد فَعل ما عليه أنْ يفعل مِن إزالة يده عنه، وترك إمساكه ظلمًا، وإعادته إلى يد مالكه؛ فزال عنه الضمان لزوال السبب الموجب له، وهو الغصب.

وقوله: (**إنْ ردَّه ناقصا في بدنه[1] فإنَّ صاحبه مخيَّر**)؛ فلأنَّه مُتعدًّى عليه، والغاصب هو المتعدي، فكان أحق بالحَمل عليه؛ لقوله [تعالى]: ﴿إِنَّمَا ٱلسَّبِيلُ عَلَى ٱلَّذِينَ يَظۡلِمُونَ ٱلنَّاسَ﴾ [الشورى:42].

وفي الأصول: أنَّ المُتعدَّى عليه مخيَّر؛ لأنَّه مجنيٌّ عليه في ملكه:

فله أنْ يقول: «لست أختارُ أخذها وأريدُ قيمتها؛ لأنَّه غَصَبَها مني صحيحة؛ فلا آخذها كَسِيرة»، أو «كاملة؛ فلا يلزمني أخذها ناقصة».

وكذلك إن اختار أخذها ناقصة؛ فله ذلك، لأنَّ الحقَّ له في تسليمها وأخذِ

---

(1) في (ع): (يده).

القيمة، فإذا اختار إسقاط هذا الحقِّ فذلك[1] له.

فإذا ثبت هذا؛ فإن اختار أخذها ناقصة فإنَّه على ضربين:

إنْ كان بأمرٍ مِن الله تعالى لا بفِعلٍ مِن الغاصب؛ فليس له إلا أخذها بغير أرش، أو [إسلامها وأخذ الغاصب][2] بقيمتها يوم الغصب.

وإنَّما قلنا ذلك؛ لأنَّ الغاصب كان ضامنا لها يوم غصبها، فلم يكن لِمَا حَدَث فيها مِن العيب حكمٌ في الضمان؛ لأنَّه طارئ على أصلٍ مضمون، فإذا[3] اختار المالك أخذها فقد رضي بعيبها؛ لأنَّه لو لم يرضَ به لكان له تسليمُها، ويرجع بالقيمة.

فإذا قال: «أريد الأرش»؛ لم يكن ذلك له، لأنَّ الغاصب لم يكن ضامنا لِمَا حدث بانفراده، وإنَّما كان ضامنا له بضمان الجملة، فأبعاضُها تابعةٌ لها[4].

فصل:

وأمَّا إنْ كانت الجناية بفعلٍ مِن الغاصب، مثل: أنْ يقطع يدها أو يفقأ عينها، واختار المالك أخذها؛ فقد اختلف أصحابنا في ذلك:

فقال ابن القاسم: له أخذ أرش النقص.

وقال سحنون وابن المواز: ليس له إلا أخذها ناقصة بغير أرش، [أو][5]

---

(1) في (ع): (هذه الحق فكذلك).

(2) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(3) في (ع): (فإن).

(4) في (ع): (له).

(5) في (خ): (و)، والمثبت من (ع)، وهي عبارة الشارح في «المعونة» (2/ 1216).

إسلامها والرجوع [و/ 438] بالقيمة يوم الغصب(1).

فوجهُ قول ابن القاسم: هو أنَّها جناية على ملكٍ فوجب للمالك الأرش؛ أصله: إذا كانت مبتدأة مِن غير غصب.

ولأنَّ المالك مُتعدى عليه بشيئين: بالغصب وبالجناية، فله أخذ الغاصب بأيِّهما شاء؛ [فإن](2) شاء أخذه بالغصب وهو القيمة، وإن شاء أسقط عنه حكم الغصب وأخذه بالتعدِّي.

ولأنَّ الغصب سبب للضمان، والجناية سبب للضمان؛ فإذا اجتمعا لم يسقط أحدهما بالآخر، أصله: إذا غصب رَبْعًا فاغتلَّه وأكراه فإنَّ لصاحبه أنْ يرجع عليه بما اغتل.

ووجه قول سحنون وغيره: هو أنَّه بالغصب قد لزمته قيمتها، فالجناية الطارئة بعد الضمان لا حكم لها؛ لأنَّها طارئة على مضمون.

ولأنَّه نقصٌ وَرَدَ على عينٍ مضمونة بالغصب، فلم يكن له حكمٌ في وجوب الأرش؛ أصله: إذا كان مِن قِبل الله تعالى.

ولأنَّ الجناية على النفس آكد مِن الجناية على الأطراف وأغلظ(3) حُكما.

ثم قد ثبت أنَّ الغاصب لو قتلها لم يكن عليه إلا قيمتها يوم الغصب؛ ففي الجناية على الأطراف أولى.

---

(1) ينظر: النوادر والزيادات (10/ 333).

(2) في (خ): (وإن)، والمثبت من (ع) أليق بالسياق.

(3) في (ع): (آكد).

فإن قيل: [هذا][1] باطل بمَن قتلَ رجلا خطأً، فإنَّ الواجب فيه دية واحدة، ولو قطع يديه ورجليه لكان فيه ديتان، والنفس باقية، فعُلم أنَّه لا يمتنع أنْ يجب في الأطراف مع بقاء النفس ما لا يجب في النفس.

قلنا: هذا لا يلزم على ما قلناه؛ لأنَّ قطع اليد والرجل إذا كان ابتداءً كان له حكم نفسه، ونحن لا ننكر هذا؛ وإنَّما أنكرنا أنْ يجب فيه ما لا يجب في النفس في الموضع الذي تكون الجناية فيه تابعة للنفس في الضمان لكون جملة النفس مضمونة، وبالله التوفيق.

فصل:

وإذا غَصب أمَة تساوي مائة دينار فزادت عنده بسِمَن أو تعليم[2] صناعة حتى صارت قيمتها مائتين، ثم عادت إلى ما كانت عليه مِن النقصان، فإذا ردَّها فلا ضمان عليه لِمَا فات عنده[3].

وبه قال أبو حنيفة[4].

وقال الشافعي: يأخذ معها أرش ما نقصت عمَّا زادت عنده[5].

واستدل أصحابه بأن قالوا: كلُّ ما لو تلفَ في يد المشتري مِن الغاصب كان مضمونا على الغاصب، فإذا تلف في يد الغاصب كان مضمونا عليه؛

---

(1) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(2) في (ع): (فزادت عنده بتعليم).

(3) ينظر: المدونة (4/ 169-170).

(4) ينظر: مختصر القدوري (ص: 130).

(5) ينظر: الأم (4/ 518-520).

أصله: العين المغصوبة نفسها.

وبيان ذلك: أنَّ[1] الغاصب إذا باع العين المغصوبة فتلفت في يد المشتري لضمنها بالبيع [و][2] التسليم، وكانت مضمونة على الغاصب، فكذلك لو سَمنت في يده [فباعها، ثم هزلت عند المبتاع][3] ضمن المبتاع السِّمن؛ لأنَّه يضمن بالبيع والتسليم، كذلك إذا تَلفت في يد الغاصب يجب أنْ يضمنه.

قالوا: ولأنَّها زيادة في العين لو أتلفها الغاصب ضمنها، فوجب إذا تلفت [في يده][4] أنْ يضمنها؛ أصله: إذا غصبها سمينة ثم هزلت في يده.

قالوا: ولأنَّ المالك لو طالبه بردِّ الجارية فامتنع حتى هَزلت لضمن السِّمن؛ لأنَّه حالَ بين الجارية وبين مالكها ظلما، وهذا المعنى موجودٌ فيه وإنْ لم يطالبه.

قالوا: ولأنَّه لا[5] خلاف أنَّه مأمورٌ بردِّ الجارية في كلِّ وقت، وإنْ لم يطالبه المالك، ولا يمكنه ردُّها إلا بردِّ زيادتها، وإذا حبسها فذلك بغير حقٍّ؛ [فوجب][6] أنْ يكون ضامنا لها.

ودليلنا:

أنَّه قد ثبت مِن أصلنا أنَّه ضامنٌ لها يوم الغصب؛ فما طرأ على أبعاضها أو

---

(1) في (ع): (إن كان).

(2) في (خ): (من)، والمثبت من (ع).

(3) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(4) زيادة من (ع).

(5) في (ع): (ولا).

(6) خرم في (خ)، والمثبت من (ع).

بدنها مِن نقصان أو زيادة فلا حكم له، لأَنَّه طارئ على عينٍ مضمونة[1].

ولأنَّ رجوع العين المغصوبة إلى مالكها على صفتها التي غُصبت عليها يوجب سقوط الضمان؛ أصله: لو لم تزد عنده.

ولأنَّ زيادة القيمة غير مضمونة على الغاصب؛ أصله: إذا زادت بحَوالة الأسواق، ولا خلاف بيننا أنَّه لا يضمنه.

فإن قيل: المعنى فيه: أنَّها لو كانت موجودة في حال[2] الغصب وعُدمت [439/و] عند الغاصب لم يضمنها، كذلك إذا حدثت عنده.

قلنا: كذلك حكم السِّمن عندنا سواء.

ولأنَّ هذه الزيادة لو ضمنها الغاصب لم يخلُ:

أنْ ينفرد بالضمان.

أو تكون مضمونة مع الأصل بضمان مجدد.

ولا يجوز أنْ يفرد بالضمان؛ لأَنَّه لا يصحُّ إفرادها.

ولا يجوز أنْ يتجدد[3] عليها ضمان مع كون الأصل مضمونا؛ لأنَّ المضمون لا يتجدد عليه ضمان مِن جنس الضمان الأول مع بقاء السبب الأول.

وإذا ثبت هذا:

فقياسهم الأول غير مُسلَّم؛ لأنَّ الغاصب إذا باعها سمينة ثم هزلت عند المشتري فإنَّ المشتري لا يضمن السِّمن، لكن المالك مخيَّر بين:

---

(1) في (ع): (مغصوبة).

(2) في (ع): (موجودا حال).

(3) في (ع): (يجدد).

أنْ يُجيز البيع ويأخذ الثمن.

أو [يأخذها][1] مِن المشتري على ما هي عليه بلا أرش[2].

أو يأخذ من البائع قيمتها يوم الغصب.

وليس له إنْ ماتت إلا أخذ القيمة يوم الغصب أو الثمن.

وقولهم: «لأنَّها زيادة لو أتلفها الغاصب ضمنها»؛ غير مسلَّمٍ أيضًا، لأنَّه ليس للمالك إلا أخذها ناقصة أو تضمينه قيمتها يوم الغصب؛ إلا أنْ يجنيَ عليها فيقطع بعض أطرافها؛ ففيه خلاف بين أصحابنا -وقد ذكرناه-.

والاستدلال الآخر غير مُسلَّم أيضًا؛ لأنَّه لا فرق بين أنْ يطالبه المالك بردِّها أو لا يطالبه.

وأشدُّ ما علينا أنْ تكون جناية، وقد ذكرنا الخلاف بين أصحابنا.

وقولهم: «إنَّه مأمورٌ بردِّها»، فالذي نقوله[3]: إنَّه مأمورٌ بردِّ العين، ولكن لا يمكنه ردُّها إلا مع زيادتها، فإنْ لم يردَّها حتى نقصت فقد ذكرنا أنَّه لا يلزمه [شيء][4].

[وقد ذكرنا ما][5] في الجناية مِن الخلاف، وبالله التوفيق.

---

(1) في (خ): (يأخذ)، والمثبت من (ع).

(2) في (ع): (بالأرش).

(3) في (ع): (والذي نقول).

(4) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(5) في (خ): (وذكرناها)، والمثبت من (ع).

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ولا غَلَّةَ للغاصب، ويَرُدُّ ما أكلَ مِن غلة [أو][1] انتفع، وعليه الحدُّ إنْ وَطِئ، وولدُهُ رَقِيقٌ لربِّ الأمَة).

قال القاضي -[رضي الله عنه]-:

لا خلاف مِن مذهبنا أنَّه إذا غصب دارًا أو عبدًا أو دابةً أو ثوبًا فلم يَكرِ ذلك ولا أخذَ له غلة ولا انتفع هو به بسُكنى أو ركوب أو استخدام؛ فإنَّه لا شيء عليه[2]، ولا يُطالَب بأجرة المدة التي بقيت هذه الأشياء فيها في يده.

هذا قولنا، وقول أبي حنيفة[3].

وقال الشافعي: «عليه أجرة المثل للمدة التي أقامت في يده»[4].

فنفرضُ الكلام في منافع الحرِّ إذا حَبَسه ولم يستخدمه، فنقول:

مَن حَبَس حرًّا في مدة ما؛ كان[5] منافعه بِمَا يستوفى[6] منه، فإذا لم يستوفِ منه؛ لم يضمنه الغاصبُ، أصله: إذا حَبَس حُرَّة فلم يُمكنها التزويج، وأخذ بدل بُضعها حتى مضت مدة مِن الزمان؛ فإنَّه لا يضمن مهرَ مثلها.

---

(1) في (خ): (إذا)، والمثبت من (ع).

(2) في (ع): (لا يكون عليه شيء).

(3) ينظر: المدونة (4/ 180)، والتجريد (7/ 3329).

(4) ينظر: الأم (4/ 523-524).

(5) في (ع): (فإن).

(6) في (ع): (لِمَا يستوفي).

ولأنَّ منافع البُضع آكد في الضمان، بدليل أنَّ البراءة لا تجوز في بدلها؛ مثل أنْ تتزوج على وجه الإباحة، وعلى اشتراط ترك العوض.

[ويجوز][1] ذلك في منافع الأعضاء سِوى البُضع مِن الاستخدام وغيره.

فإذا ثبت ذلك؛ وكان حبسُ منافع بُضع الحرة لا يوجب ضمانها[2] على الغاصب مع تأكد حالها في البدل؛ فَلَأَن [لا][3] يلزمه في الحبس على[4] منافع الأعضاء أولى.

فإن قيل: إنَّ الحرَّ منافعه تحت يده، فتتلف[5] مع بقائها في يده؛ فلذلك لا يضمنها الغاصب.

قيل له: الغصب قد منعه التصرف فيها، فيَدُ الغصب[6] ثابتة عليه، فهو[7] كما لو غُصب[8] ومعه مال فمنعه مِن التصرف فيه.

فإن قيل: إنَّ الحرَّ لا تثبت عليه اليد.

قيل له: إنَّما لا تصير رقبةً[9] مضمونة بحكم الغصب، فأمَّا ثبوت اليد عليه فأمرٌ مشاهد.

---

(1) في (خ): (ونحو)، والمثبت من (ع).

(2) في (ع): (ضمانا).

(3) زيادة من (ع).

(4) في (ع): (عن).

(5) في (ع): (فتلفها).

(6) في (ع): (الغاصب).

(7) في (ع): (وهو).

(8) في (ع): (غصبه).

(9) في (ع): (رقبته).

وإذا ثبت سقوط الضمان عن الغاصب فيما[1] ذكرناه؛ فكذلك في الدار والعبد.

ثم نقول في العبد إذا حَبسه الغاصب مدة لم ينتفع به:

لأنَّها منافع لم يستوفها الغاصب فلم يضمنها المالك؛ أصله: منافع الحر.

ولأنَّها منافع تلفت في يد الغاصب مِن غير عقدٍ ولا شبهة انتفاع بها؛ فكانت [و/440] كمنافع بُضع الأمَة إذا حبسها عن التزويج.

فإن قيل: فقد قال تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ فَٱعۡتَدُواْ عَلَيۡهِ بِمِثۡلِ مَا ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ﴾ [البقرة:194]، والمِثل هاهنا القيمة.

قيل له: هذا فيما يُقوَّم، والمنافع ليست بأعيان، فإذا لم تظهر؛ فلا تُقوَّم.

فإن قيل: إنَّ المنافع ممَّا يُعاوض عليها ويؤخذ عنها[2] الأبدال بالعقود الصحيحة والفاسدة؛ كالأعيان.

قيل له: هذا يبطلُ[3] بمَا ذكرناه مِن منافع بُضع الحرَّة.

وعلى أنَّ تقويم الشيء بالعقود في جواز أخذ البدل عنه لا يدل على كونه مُقوَّمًا في نفسه؛ كالطلاق.

فصل:

فأمَّا إذا انتفع الغاصب بالشيء المغصوب: إمَّا بنفسه؛ مثل: أنْ يسكن الدار، ويركب الدابة[4]، ويستخدم العبد، ويزرع الأرض.

---

(1) في (ع): (بما).

(2) في (ع): (عليها).

(3) في (ع): (يبطل هذا).

(4) في (ع): (الدواب).

أو بأنْ يُؤاجر ذلك ويأخذ غلته.

فقد اختلف في ذلك:

ففَصل ابن القاسم بين الرَّبع والرقيق و[الحيوان، فقال:

الرَّبع إنْ سكنه أو زرع الأرض؛ لزمته أجرة المِثل في ذلك.

فإنْ أكْراهَا مِن غيره؛ لزمه غُرم ما أكراهَا به، وإنْ كان حَابَى في الكراء لَزِمه تمامُ كراء المثل.

فأمَّا في][1] الدواب [والرقيق][2] فليس **للمالك** رجوعٌ على الغاصب فيما[3] انتفع به مِن ذلك أو أكرى أو اغتل.

وفرَّق بينهما بما سنذكره.

وقيل: إنَّ الباب واحدٌ في ذلك [كلِّه][4]، ويرجع المالك على الغاصب بالكراء والغلة، ويقاصُّ[5] الغاصب بما أنفق على الدابة والعبد.

وقيل: يرجع عليه بكراء ما أكراه وغلة ما اغتله، ولا يرجع عليه بما ركب بنفسه أو استخدم، وهذا في الدواب والرقيق.

وقيل عن مالك: إنَّ المالك لا يرجع بشيء أصلا؛ لا مِن أجرة ولا كراء، لا فيما انتفع الغاصب بنفسه، ولا فيما أكرَاه في كلِّ شيء مِن الرِّباع والحيوان،

---

(1) ما بين معقوفين زيادة من (ع).

(2) زيادة من (ع).

(3) في (ع): (بما).

(4) زيادة من (ع).

(5) في (ع): (ويقاصه).

فإنَّ[1] المنافع له بالضمان[2].

وعند أبي حنيفة: أنَّ الغاصب لا يغرم [شيئًا] ، مثل [هذه][3] الرواية[4].

وعند الشافعي: أنَّه يغرم جميعه للمالك[5].

فوجه التفريق بين الرِّباع وبين الرقيق والحيوان:

هو أنَّ الحيوان [غير][6] مأمون؛ لأنَّ التغيير يُسرع إليه، والتلف مخوف[7] عليه غالبا، فيجوز أنْ يتلف [باستعماله][8] فيلزمه قيمته؛ فكان الخراج له.

وليس كذلك الرِّباع؛ لأنَّها مأمونة [في][9] الغالب.

ولأنَّ الحيوان والرَّقيق تلزم عليهم[10] النفقة والمؤونة[11]، ولا يرجع الغاصب بما أنفق عليهم؛ فكانت المنافع غير مضمونة عليه كذلك[12].

والرِّباع بخلاف ذلك؛ لأنَّه يرجع بما أنفق فيها وعمَّر، فأخذ منه قيمة ما

---

(1) في (ع): (وأنَّ).

(2) ينظر: النوادر والزيادات (10/ 344-345).

(3) زيادة من (ع).

(4) ينظر: التجريد (7/ 3377).

(5) ينظر: الأم (4/ 523-524).

(6) خرم في (خ)، والمثبت من (ع).

(7) في (ع): (يجوز).

(8) خرم في (خ)، والمثبت من (ع).

(9) خرم في (خ)، والمثبت من (ع).

(10) في (ع): (يلزم عليه).

(11) في (ع): (والمؤنة).

(12) في (ع): (لذلك).

ينتفع[1] به واغتل.

ووجه التفريق بين انتفاعه بنفسه وبين ما أكراه أو اغتله في الحيوان والرقيق:

فلأنَّ ما أكراه عوضٌ[2] في منافع ملك الغير[3]، فهو كالعين القائمة، فيلزمه ردُّها.

وما سكن بنفسه فلم يأخذ عليه عوضا فيستحق رده عليه.

ولأنَّه إنْ تلف ذلك في استخدامه وركوبه[4] غرم القيمة، ولم يأخذ شيئا يغرم منه.

وإذا أكراه ثم تلف فقد اعتاض الكراء [الذي][5] يغرم منه.

فكلُّ هذا استحسان وليس بقياس.

والنظر أحد أمرين:

إمَّا أنْ يرجع عليه بقيمة ما انتفع بنفسه وكراء ما أكراه في الرِّباع والحيوان.

أو أنْ لا يرجع بشيء من ذلك.

وهذا الذي قلنا: مِن أنَّ التفريق بين الرِّباع والحيوان وغير ذلك استحسان وليس بقياس؛ هذا الذي كان يقوله أبو يعقوب الرازي[6]، وأنَّ القياس: التسوية

---

(1) في (ع): (انتفع).

(2) في (ع): (عوضا).

(3) في (ع): (العين).

(4) في (ع): (باستخدامه أو ركوبه).

(5) في (خ): (والذي)، والمثبت من (ع).

(6) هو إسحاق بن أحمد أبو يعقوب الرازي من أصحاب إسماعيل القاضي، كان فقيها عالما زاهدا، قتله الديلم أول دخولهم بغداد في الأمر بالمعروف. [طبقات الفقهاء للشيرازي (ص: 165)].

بينهما؛ إمَّا في أنْ يرجع في الجميع، أو أنْ لا يرجع، حكاه [عنه][1] أبو بكر الأبهري -رحمه الله-.

فإذا قلنا: لا يرجع بشيء أصلا، فوجهه:

قوله -[عليه السلام]-: «الخراج بالضمان»[2]؛ و«الخراج»: الدخل والاغتلال، وقد جعله صاحب الشريعة[3] تابعا لضمان العين، وهذه العين مضمونة على الغاصب، فالخراج له بضمانه.

فإن قيل: هذا وارد في البيع.

قيل له: قد رُوي ذلك، وروي مطلقا، فالقول بالعموم ينتظم البيع وغيره.

فإن قيل: إنَّه جعل الخراج [ملكا][4] لمن عليه الضمان، ولا خلاف أنَّ

---

(1) زيادة من (ع).

(2) رواه أبو داود (3508) والترمذي (1285) والنسائي (4490) وابن ماجه (2242) من طريق ابن أبي ذئب عن مخلد بن خفاف عن عروة عن عائشة، وقال الترمذي: «حسن صحيح».

ورواه أبو داود (2510) وابن ماجه (2243) من طريق مسلم بن خالد عن هشام بن عروة عن عائشة، وقال أبو داود: «هذا إسناد ليس بذاك».

ورواه الترمذي من طريق عمر بن علي المقدمي عن هشام به، واستغربه هو والبخاري.

فعمدة الباب طريق مخلد بن خفاف، ولا يعرف إلا بهذا الحديث، كما في ترجمته في «تهذيب الكمال»، وقال أبو حاتم الرازي: «ليس هذا إسنادا تقوم بمثله الحجة»، وقال أحمد بن حنبل: «ما أرى لهذا الحديث أصلا»، وقال ابن حزم: «خبر لا يصح؛ لأن راويه مخلد بن خفاف، وهو مجهول»، ينظر «تهذيب الكمال» للمزي (27/ 338)، و«العلل المتناهية» لابن الجوزي (2/ 107)، و«المحلى» لابن حزم (5/ 250).

(3) في (ع): (الشرع).

(4) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

العوض عن منافع المغصوب ليس بملك للغاصب.

قيل له: إذا لم يوجب[1] [للمالك][2] الرجوع عليه لم يكن بدٌّ مِن أنْ نقول: إنَّه ملك له لأجل ضمانه العين.

ولأنَّ [الغاصب][3] لمَّا كان ضامنا للعين [بقيمتها][4] [و/ 441] يوم الغصب لم يكن لمنافعها حكمٌ في الضمان؛ [لأنَّها][5] تابعة للعين.

فأمَّا اختيارُ المالك أخذ العين؛ [فلا][6] يرجع بشيء، أو ضمَّنه قيمتها يوم الغصب.

ولأنَّ الضمان بالجناية آكد مِن الضمان بالاستخدام وغيره؛ لأنَّ الجناية إتلاف عين وإفاتة جزء مِن المغصوب، والمنافع ليست بإتلاف عين.

ولأنَّ البدل في الجناية يجب مِن غير مراضاة[7]، بل يؤخذ مِن الجاني شاء أم أبى، وليس كذلك البدل في المنافع.

وإذا كان كذلك؛ ثم كان المغصوب لو جُني على بعض أطرافها لم يكن للمالك إلا أخذها ناقصة ولا أرش له [أو][8] إسلامها والرجوع بالقيمة يوم

---

(1) في (ع): (يوجد).

(2) خرم في (خ)، والمثبت من (ع).

(3) خرم في (خ)، والمثبت من (ع).

(4) في (خ): (قيمتها)، والمثبت من (ع).

(5) خرم في (خ)، والمثبت من (ع).

(6) في (خ): (ولا)، والمثبت من (ع).

(7) في (ع): (مرضاة).

(8) في (خ): (و)، والمثبت من (ع).

الغصب؛ كان بأنْ لا يرجع في المنافع أولى.

ونفرضُ الكلام في الحيوان والرقيق فنقول:

منافع الحيوان لا تضمن بالغصب؛ أصله: منفعة الحرِّ والمرأة الحرَّة.

ولأنَّا وجدنا للأمَة منفعتين: منفعة استخدام، ومنفعة استمتاع.

والسيد يملك العوض عليهما معا، ثم إحدى[1] المنفعتين -وهي منفعة الاستمتاع- لا تضمن بالغصب؛ كذلك المنفعة الأخرى.

ولأنَّ الغلة بدلُ منفعة حصلت عن حيوان مضمون عليه بحقِّ العين[2]؛ فأشبه العبد المبيع أو الدار يُؤاجرها[3] المشتري ثم يجد بها عيبا، فيردها على البائع، فإنَّ الأجرة له دون مَن رجعت عليه العين.

وإذا قلنا: إنَّه يرجع عليه بجميع ذلك؛ فوجهه:

قوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تُؤديه»[4].

وقوله: «لا يحل مالُ امرئ مسلم إلا عن طيبِ نفسٍ منه»[5].

وهذه[6] المنافع والأعواض عليها مال لربِّ المغصوب، فلم يكن[7] للغاصب أخذه إلا عن طيب نفس منه.

---

(1) في (ع): (أحد).

(2) في (ع): (الغير).

(3) في (ع): (الدابة لو آجرها).

(4) تقدم تخريجه (ص: 97).

(5) تقدم تخريجه (ص: 48).

(6) في (ع): (وهذا).

(7) في (ع): (يجز).

ولأنَّه انتفع بملكِ غيره مِن غير ملكٍ ولا شبهة؛ فلزمه قيمته ما انتفع منه[1]، أصله: إذا ابتدأ السُّكنى والاستخدام مِن غير غَصبٍ.

ولأنَّ هذه المنافع مضمونة بالبدل في العقد الفاسد؛ فضمنت بالغصب، كالأعيان، لأنَّه إذا استأجر إجارة فاسدة فاستوفى السُّكنى لزمه أجرة المثل.

فلمَّا كانت العين تُضمن بالغصب؛ كذلك المنفعة.

[ولأنَّ ضمان الغصب أعمُّ مِن ضمان العقد؛ لأنَّ الغصب يضمن به أمَّ الولد والمدبَّر والموقوف][2]، وكذلك لا يضمن بالعقد.

ثم قد ثبت أنَّ المنفعة تضمن بالعقد، فكانت بأن تضمن بالغصب أولى.

والله أعلم.

فصل:

وأمَّا قوله: (إنَّ الغاصب إذا وطئ الأمَة أنَّه[3] يحدُّ)؛ فلأنَّه زانٍ، لأنَّه وَطِئ مَن ليست له بملكٍ، ولا له فيها شُبهة ملكٍ لا بنكاح ولا عقد[4] تمليك، فكان كمَن وَطِئَ حُرَّة، [لأنه][5] لا[6] زوجية بينهما ولا شبهةَ عقدٍ، ولا خلاف في ذلك أعلمُ[7].

---

(1) في (ع): (به).

(2) ما بين معقوفين زيادة من (ع).

(3) في (ع): (فإنه).

(4) في (ع): (بعقد).

(5) زيادة من «شرح الرسالة» للهسكوري [90/أ] نقلا عن المصنف.

(6) في (ع): (ولا).

(7) في (ع): (أعلمه).

وقوله: **(إنَّ ولده رقيق لسيد الأمَة)**؛ فلأنَّ كلَّ ولدٍ حدث عن زِنى أو عقد نكاح فهو تابع لأمِّهِ في الملك وأحكام الملك[1]، وهذا حادثٌ[2] عن زنى فوجب أنْ يكون مملوكا كأمِّه.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ولا يَطيب لغاصبِ المالِ ربحه حتى يردَّ رأس المال على ربِّه، ولو تصدَّق بالربح كان أحبَّ إلى بعض أصحاب مالك -[رحمه الله]-[3]).

قال القاضي [الجليل] -رحمه الله-:

صورتها: أنْ يغصب مالا فيتَّجر فيه[4] فيَنمى في يده، فإنَّ المال قد تعلق بذمته؛ فرِبحه له في الحكم، ولكنه مكروه، لأنَّه نماء حدَثَ عن مالٍ لم تطب نفس مالكه بتبقيته وتنميته[5].

ولأنَّ الغاصب بتبقيته[6] في يده وتنميته متعدٍّ ظالمٌ، فالربح إذا كان عن تجارة هذا وصفها؛ لم يطب لمَن يحكم له به.

---

(1) في شرح الهسكوري: (المال).

(2) في (ع): (حدث).

(3) في متن «الرسالة»: (**وفي باب الأقضية شيء مِن هذا**).

(4) في (ع): (به).

(5) في شرح الهسكوري: (بتنقيله وتثمينه).

(6) في (ع): (بتقليبه).

فإذا ردَّ رأس المال على ربِّه واستحله جاز.

(ولو تصدَّق بالربح لكان أفضل عند بعض أصحابنا)؛ ليسلم في الورع مِن تناول ما لم تطب نفس صاحبِ [و/442] أصله به، ويحُوز فضيلة الصدقة[1].

وبالله التوفيق.

***

(1) نقله عن المصنف صالح الهسكوري في «شرح الرسالة» [90/أ-ب].

***

باب في أحكام الدِّماء والحدود

***

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ولا تُقْتَلُ نفسٌ بنفسٍ إلَّا ببيِّنَةٍ عادلة أو اعترافٍ أو بالقَسَامةِ إذا وُجِدَت[1]؛ يُقسِم الوُلَاة خمسين يمينا ويستحقون الدم).

قال القاضي -رحمه الله-:

والأصل [في][2] ذلك:

قوله -جلَّ ثناؤه-: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا۟ ٱلنَّفْسَ ٱلَّتِى حَرَّمَ ٱللَّهُ إِلَّا بِٱلْحَقِّ﴾ [الإسراء:33].

وقوله -جلَّ وعزَّ-: ﴿وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا﴾[الإسراء:33].

وقوله ﷺ: «ألَا إنَّ دماءكم وأموالكم عليكم حرام»[3].

ولا خلاف بين الأمة في منع القتل وحظره؛ إلا على الوجه المأذون فيه.

فإذا ثبت هذا؛ فقتلُ النفس بالنفس الذي ذكر[4] الله هو القصاص، وهو أنْ يُقتَل

---

(1) في متن «الرسالة»: (وجبت).

(2) خرم في (خ)، والمثبت من (ع).

(3) رواه البخاري (67) ومسلم (1679)، من حديث أبي بكرة، في سياق طويل.

(4) في (ع): (ذكره).

قتيلٌ فيُقتَل به قاتله إذا كان دمه مكافئا لدمِ قاتله على الوجوه المعتبرة في الشرع[1].

والأصلُ في وجوب القصاص:

قوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾، إلى قوله: ﴿وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ [المائدة:45].

وقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ﴾ [الآية][2] [البقرة:178].

وقوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ﴾ [البقرة:179].

وهذا معنًى تداوله العرب، ويعبرون عنه بأنْ يقولوا: «القتل [أنفى][3] للقتل»، ومعناه: أنَّ مَن يريد القتل إذا علم أنَّه يُقتل بقتله ارتدعَ وانكفَّ به؛ فكان في ذلك بقاء للنفوس، وحقن للدماء.

هذا مِن الكتاب.

فأمَّا السنة:

فقوله -عليه السلام-: «كتابُ الله القصاص»[4]؛ فعمَّ.

وقوله: «العمد قَوَدٌ كلُّه»[5].

---

(1) في (ع): (القصاص).

(2) زيادة من (ع).

(3) في (خ): (أبقى)، وفي (ع): (إبقاء)، والمثبت أليق بالسياق.

(4) رواه البخاري (2703) ومسلم (1675)، بنحوه، في سياق طويل.

(5) رواه ابن أبي شيبة (28341)، ومن طريقه الدارقطني في سننه (3136)، من حديث ابن عباس، في سياق أتمَّ منه دون لفظة: «كله»، وقال ابن حجر في التلخيص الحبير (5/ 2625): «واختلف في =

وقوله: «مَن قُتل له قتيل فأهله بين خيرتين؛ إنْ شاءوا قتلوا»[1].

ولا خلاف بين الأمَّة في وجوب القصاص.

فأمَّا قوله: (إنَّه لا يكون إلا ببينة عادلة أو اعتراف)؛ فهذا مَا[2] لا خلاف فيه: **أنَّ البينة العادلة** إذا قامت بأنَّ رجلا قَتَل رجلا ظلما؛ أنَّه يُقاد منه بها.

وكذلك إذا أقرَّ القاتل على نفسه، وكان ممَّن يجوز إقراره، فإنَّه يقتل بإقراره.

فأمَّا القسامة: فإنَّ ثبوت الحكم بها هو قولنا، وقول فقهاء الأمصار.

وذهب ابن عُليَّة وغيره مِن شواذ المخالفين إلى منع الحكم بها[3].

وصُورته: أنْ يوجد قتيلٌ لا يُعرف قاتله؛ فيدَّعي أولياؤه الدم على رجلٍ بعينه أو جماعة بأعيانها، ويكون معهم لوثٌ[4] يُقوِّي دعواهم.

واللَّوْث: هي[5] أمارة يغلب معها على الظنِّ صدقهم -على ما يَرِد بيانه فيما بعد-.

والكلام على منعها يأتي في [تضاعيف][6] المسائل[7].

وصله وإرساله، وصحح الدارقطني في «العلل» الإرسال».

(1) رواه البخاري (112)و مسلم (1355) من حديث أبي هريرة، بمعناه.

(2) في (ع): (مما).

(3) ينظر: الأوسط لابن المنذر (13/ 421)، وبداية المجتهد لابن رشد الحفيد (4/ 359).

(4) في (ع): (لوثا).

(5) في (ع): (هو).

(6) في (ع): (تضاعف)، والمثبت أليق، ينظر «تاج العروس» (24/ 53).

(7) ينظر ما يأتي (ص: 180).

فصل:

فأمَّا قولهم: (يُقسِم الولاة خمسين يمينا)؛ فهذا قولنا وقول أصحابنا جميعا، أعني تبدئةُ المدَّعين بالأيْمان إذا كان معهم لوْث.

قال مالك: «وهو الذي اجتمعت عليه الأمَّة في القديم والحديث، والسنة التي لا اختلاف فيها»[1].

وقاله المشيخة السبعة، وهو قول الشافعي[2].

وقال أبو حنيفة[3]: يبدأ بالأيْمان المدَّعى عليهم؛ كسائر الحقوق:

لقوله -عليه السلام-: «لو أُعطي الناس بدعواهم لادَّعى قوم دماء قوم وأموالهم، ولكن البينة على المدَّعي واليمين على المدَّعى عليه»[4].

ففيه دليلان:

أحدهما: إخباره بأنَّ أحدا لا يَستحق شيئا بدعواه، والأيْمان هي قول الأولياء ودعواهم.

والآخر: إثباتهم البينة في جَنَبة المدَّعي، واليمين في جَنَبة المنكِر، عموما غير خصوص.

وفي حديث سعيد بن عبيد الطائي عن بُشَير بن يسار عن سهل بن أبي

---

(1) ينظر: موطأ مالك (3277)، والنوادر والزيادات (14/ 135).

(2) ينظر: الأم (7/ 224-226)، والسنن الكبرى للبيهقي (8/ 219).

(3) ينظر: شرح معاني الآثار للطحاوي (3/ 201-203)، والتجريد (11/ 5783).

(4) رواه البخاري (4552) ومسلم (1711)، بمعناه، دون قوله: «البينة على المدعي»، وينظر تخريج حديث: «البينة على المدعي» فيما تقدم (ص: 129).

حَثْمة: «أنَّ نفرا مِن قومه انطلقوا إلى خيبر فتفرقوا فيها، فوُجد أحدهم قتيلا؛ فقالوا للذين وجدوه عندهم: قتلتم صاحبنا؟ قالوا: ما قتلناه، ولا علمناه؛ فانطلقوا إلى النبي ﷺ فأخبروه [و/443]، فقال: «أتأتون بالبينة على مَن قتله؟»، قالوا: وما لنا مِن بينة، قال: «فيحلفون لكم»، قالوا: لا نرضى بأيْمان يهود؛ فكَره رسول الله ﷺ أنْ يطل دمه فَوَدَاه بمائة مِن إبل الصدقة»(1).

ورُوي: «أنَّه بدأ بأيْمان المُدَّعَى عليهم»(2).

ورَوى محمد بن الحسن في الردِّ على أصحابنا عن محمد بن راشد الشامي عن مكحول: «أنَّ رسول الله ﷺ قضى في القسامة أنْ يأتي المُدَّعي بالبينة، فإنْ لم يجيئوا بالبينة، فيحلف المُدَّعى عليهم خمسين يمينا ما قتلنا، ولا علِمنا قاتلا»(3).

ولأنَّ ذلك يُروى عن عمر بن الخطاب(4)، ولا مخالف له.

---

(1) رواه البخاري (6898)، عن أبي نُعيم، ومسلم (1669[5]) من طريق ابن نمير، كلاهما عن سعيد بن عبيد، به، بنحوه.

(2) ذكره أبو داود (4520) من طريق ابن عيينة عن يحيى بن سعيد عن بشير بن يسار، بمعناه، وقال أبو داود: «هذا وهمٌ مِن ابن عيينة».

(3) لم أجده في المطبوع من «الحجة على أهل المدينة»، ورواه ابن حزم في المحلى من طريق محمد ابن عبد الله الشعيبي عن مكحول به، بنحوه، وهذا مرسل.

(4) فقد روى مالك (3150)، عن ابن شهاب عن عراك بن مالك عن سليمان بن يسار: أنَّ رجلا مِن بني سعد بن ليث أجرى فرسا فوطِئ على إصبع رجل مِن جهينة، فنَزِي منها فمات، فقال عمر بن الخطاب للذي ادعي عليهم: «أتحلفون بالله خمسين يمينا ما مات منها؟» فأبوا وتحرَّجوا، وقال للآخرين: «أتحلفون أنتم؟» فأبوا، فقضى عمر بن الخطاب بشَطر الدية على السعديين. قال مالك: وليس العمل على هذا.

=

ورُوي: «أنَّ قتيلا وُجد بين حَيَّين فأحلفهم خمسين يمينا، قضى بالبينة على أقربها إليه، فقالوا: ما وَفَّتْ[1] أيماننا أموالنا؟ فقال: حُقنت بها دماؤكم»[2].

ولأنَّها جناية تُوجب القَوَد، فلم يبدأ فيها المدَّعون بالأيْمان؛ كدعوى قطع الأطراف.

ولأنَّ حرمة المال أخفض مِن حرمة الدم، وبابه أوسع منه؛ فلمَّا لم يكن للَّوْث تأثير تبدئة بأيْمان المدَّعين في الأموال مع انخفاض حرمتها؛ كان بأنْ لا يؤثر بالنفس مع تأكُّدها أولى.

وأنَّ اليمين إنَّما تدخل في الأصول [لتحقيق][3] [النَّفيِّ][4] لا للإثبات، والمدَّعون مثبتو الدم؛ فلم يكن لهم الأيْمان في جنبهم.

ودليلنا:

ما روى مالك عن أبي ليلى [بن][5] عبد الله بن عبد الرحمن بن سهل عن سهل بن أبي حَثْمَة أنَّه أخبره هو [ورجال][6] مِن قومه: أنَّ عبد الله بن سهل ومُحيِّصة ...، إلى أنْ قال النبي ﷺ: «تحلفون خمسين يمينا وتستحقون دم

وينظر «الأوسط» لابن المنذر (13/ 420)، و«المحلى» لابن حزم (11/ 86-87)، و«المعجم» لابن الأعرابي (13/ 420).

(1) في مصادر التخريج: (وَقَتْ).

(2) رواه البيهقي في الكبرى (16450) من طريق الشعبي عن عمر، ونقل عن الشافعي تضعيفه.

(3) زيادة مما سيأتي في جواب القاضي.

(4) في (ع): (المنفي)، والمثبت أليق بالسياق، ومما سيأتي في جواب القاضي.

(5) في (ع): (عن)، والمثبت من الموطأ.

(6) في (ع): (ورجل)، والمثبت من الموطأ.

صاحبكم»، قالوا: لا، قال: «فتحلف لكم يهود؟»، قالوا: ليسوا مسلمين، ووَدَاه مِن عنده[1].

وروى مالك عن يحيى بن سعيد عن [بُشير][2] بن يسار أنَّه أخبره، ... فذكر مثله، إلى أنْ قال: فقال لهم رسول الله ﷺ: «أتحلفون خمسين يمينا، وتستحقون دم صاحبكم أو قاتلكم؟»، قالوا: لم نشهد ولم نحضر، قال: «فتُبرئكم يهود بخمسين يمينا؟»[3].

وهذا صريح -كما ترى- في تبدئة الأولياء.

فأمَّا سعيد بن عبيد الطائي[4] فإنَّه غير موازٍ ليحيى بن سعيد وغيره مِن رواة أخبارنا.

وقد ذكر أبو داود: أنَّ الصحيح عرضه اليمين على المدَّعين[5].

ثم لو سلمناه؛ لكان الجواب عنه:

أنَّ في خبرنا زيادة لم تذكر في خبرهم، وفي خبرهم زيادة لم تذكر في خبرنا:

فأمَّا زيادة خبرنا: فعَرْضُ الأيْمان على المدَّعين ثم نقلُها بعد امتناعهم إلى اليهود، ولم يذكر فيه أنَّه سألهم عن البينة.

(1) رواه مالك في الموطأ (3275)، ومن طريقه البخاري (7192) ومسلم (1669 [6])، به، بنحوه، وليس عندهم: (خمسين يمينا)، وهي في رواية بشير بن يسار الآتية بعده.

(2) في (ع): (بشر)، والمثبت من الموطأ.

(3) رواه مالك في الموطأ (3276)، به، بمثله، ورواه البخاري (3173)، من طريق بشر بن المفضل، ومسلم (1669[3])، من طريق سليمان بلال، كلاهما عن يحيى بن سعيد، به، بنحوه.

(4) الراوي عن بُشير بن يسار، في الحديث المتقدم (ص: 171).

(5) ينظر: سنن أبي داود (4520).

وزيادتهم: هي سؤالهم عن البينة، ولم يذكر عَرْضَ الأيْمان عليهم.

فيحتمل أنْ تكون زيادتهم خَفِيت على راوي خبرنا، وزيادتنا خَفِيت على راوي خبرهم؛ فقلنا بالخبرين؛ وهو أنَّه سأل عن البينة، فلمَّا لم تكن له بينة عَرض عليهم الأيْمان، فلمَّا لم يحلفوا نقلها إلى المُدَّعى عليهم.

هذا [وإنَّه][1] قد رُوي في بعض طرق الحديث الجمع بين الزيادتين.

[فرواه][2] أبو بكر بن أبي شيبة، قال: [حدثنا محمد بن بشر، قال][3] حدثنا سعيد عن قتادة أنَّ سليمان بن يسار حدثه: أنَّ القسامة حقٌّ قضى رسول الله ﷺ، [فبينما][4] الأنصار عنده؛ إذ خرج رجل منهم، ثم خرجوا مِن عند رسول الله ﷺ فإذا هم بصاحبهم [يتشحط][5] في دمه، فرجعوا إليه فقالوا: قتلته اليهود، وسمَّوا رجالًا منهم، ولم تكن لهم بينة؛ فقال لهم رسول الله ﷺ: «[شاهدان من غيركم حتى أدفعه إليكم برمته»، فلم تكن لهم بينة، فقال:][6] «استحقوا بخمسين قسامة أدفعه إليكم برمته»، قالوا: إنَّا نكره أنْ نحلف على غير علم، فأراد أنْ يأخذ قسامة اليهود بخمسين منهم، فقالت

(1) في (ع): (إنه)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) في (ع): (ورواه)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(3) زيادة من مصنف ابن أبي شيبة.

(4) في (ع) ما صورته: (فبيها)، والمثبت من مصنف ابن أبي شيبة.

(5) في (ع): (يشحط)، والمثبت من مصنف ابن أبي شيبة.

(6) زيادة من مصنف ابن أبي شيبة، يستقيم بها الاستدلال، وهي زيادة: «البينة» التي ذكر المصنف أن هذا الخبر جمع بين الزيادتين.

الأنصار: يا رسول الله، إنَّ اليهود لا يبالون الحلف، فوَدَاه -عليه السَّلام- مِن عنده[1].

وهذا وإن كان مرسلا؛ فمثل سليمان بن يسار يرجع إليه ويعوَّل عليه.

وقد اعترضوا على أخبارنا بأشياء لا معنى لها؛ فلذلك لم نوردها.

ولأنَّ اليمين في الأصول [و/ 444] تجب على أقوى المتداعين سببا، ألا ترى أنَّها تجب على المدَّعى عليه؛ لأنَّ الأصل براءة ذمَّته، فإذا كان مع الداعي شاهد نقلت إليه لقوة سببه بشاهده، والأولياء -في هذا الموضع- فقد قَوِي [سببهم][2] على المدَّعى عليهم بما حصل معهم مع [اللَّوْث][3]، فوجب أنْ تكون الأيْمان في جنبتهم.

وإذا ثبت هذا؛ فقوله ﷺ: «لو أُعطي الناس بدعواهم»[4]؛ لا يتناول موضع الخلاف، لأنَّ الإعطاء بالدعوى هو أنْ يُصدَّق المدَّعِي في دعواه مِن غير أنْ يلتمس منه بينة أو زيادة عليها، فأمَّا إذا لم نصدِّقه فأعطينا باللوث واليمين، فليس ذلك الإعطاء له بدعواه؛ لأنَّه ليس معنى الدعوى أنَّها قولُ المدَّعِي، [وأنَّ][5] اليمين حجة له مع اللوث.

---

(1) رواه ابن أبي شيبة (28385) (29715) عن محمد بن بشر به، بمثله، وهو مرسل كما سيذكر المصنف، وكما ذكره البيهقي في معرفة السنن والآثار (12/ 177).

(2) في (ع) ما صورته: (سبيلهم)، والمثبت عبارة الشارح في «المعونة» (3/ 1345).

(3) في (ع): (الموت)، والمثبت عبارة الشارح في «المعونة».

(4) تقدم تخريجه (ص: 171).

(5) في (ع): (وانا)، والمثبت أليق بالسياق.

وقولهم: «إنَّه أثبت البينة في جنبة المدَّعين»؛ فكذلك نقول.

واليمين مع اللوث هي بينة المدَّعِين؛ فكذلك عندنا في القسامة.

وقولهم: «إنَّه أثبت اليمين في جنبة المدَّعى عليهم»؛ فتلك يمين النفي، وفي مسألتنا يمين الإثبات.

وأخبارهم؛ قد أجبنا عنها.

وما ادَّعوه مِن الإجماع؛ باطل، لأنَّ رُواته عن عمر بخلاف ذلك:

فروى إسماعيل بن أبي أويس عن أخيه عن سليمان بن بلال عن صالح ابن كيسان عن الزهري، قال: مِن سُنة القسامة -وكما بلغنا فيها-: أنَّ القتيل إذا تكلم [برئ][1] أهله، وإنْ لم يتكلم حلف المدعى عليهم، وكذلك فعل عمر بن الخطاب[2].

يريد بقوله: «[تكلم][3]» إذا قال: «دَمِي عند فلان».

فأخبر الزُّهري أنَّ عمر بدأ بأولياء الدم.

ولأنَّ ابن الزُّبير أقاد بالقسامة، رواه القاضي عن إسماعيل بن حرب عن حمَّاد بن [سلمة][4] عن ابن أبي مُلَيكة عنه[5].

---

(1) في (ع): (بدى)، والمثبت من «المحلى» لابن حزم.

(2) رواه ابن حزم في المحلى (11/ 78)، من طريق إسماعيل بن إسحاق القاضي عن إسماعيل، به، بنحوه، وضعفه لإرساله.

(3) في (ع): (تكلموا)، والمثبت أليق بالسياق.

(4) في (ع): (سلامة)، والمثبت من «المصنف» لابن أبي شيبة.

(5) رواه ابن أبي شيبة (28407)، عن وكيع عن حماد بن سلمة، به، بنحوه.

وهذا يوجب أنْ يكون بدأ بالأولياء؛ لأنَّه لا يُقاد بها عندنا وعندهم إلا على هذا الوجه.

وعلى أنَّ دعوانا نحن الإجماع على ما نقوله أقرب إلى الحقِّ.

ولإخبار مالك بأنَّه: «الأمر المجتمع عليه، والذي أدرك الناس عليه، والسنة التي لا اختلاف فيها عندهم قديما وحديثا»[1].

وهو قول المشيخة السبعة وعمر بن عبد العزيز، ورُوي عن عدة مِن الصحابة:

فَروى أبو الزناد، قال: أخبرني خارجة بن زيد: «أنَّ رجلا مِن الأنصار قَتَل -وهو سكران- رجلا ضربه، ولم يذكر على ذلك بينة قاطعة إلا اللطخ وشبه ذلك، وفي الناس يومئذ مِن أصحاب رسول الله ﷺ ومِن فقهاء الناس ما لا يُحصى، فما اختلف اثنان منهم: أنْ يحلف ولاة المقتول فيَقتلون، فحلفوا خمسين يمينا فقَتلوا»[2].

واعتبارهم بقطع الأطراف؛ غير صحيح، لأنَّه لا ضرورة تدعو إليها إلى إثبات اليمين في جنبة المدعين؛ لأنَّه حي يمكنه إقامة البينة.

ولأنَّها أخفض مِن حرمة النفس؛ ألا ترى أنَّها بضعفها عنها يؤثر اللوث فيها.

---

(1) «موطأ» مالك (3277).

(2) رواه البيهقي في الكبرى (16459)، من طريق ابن أبي الزناد عن أبيه عن خارجة، به، بنحوه، قال البيهقي في معرفة السنن والآثار (12/ 20-21): وأصح ما رُوي في القتل بالقسامة وأعلاه -بعد حديث سهل رواية ابن إسحاق- ما رواه عبد الرحمن بن أبي الزناد عن أبيه.

واعتبارهم بالمال؛ فاسد الموضوع، لأنَّ سبب البيِّنات له طريقان:

أحدهما: انخفاض حرمة الشيء المشهود فيه؛ كالمال.

والآخر: الحياطة والتأكد وحرمة الدماء، على ما بيَّنه الله تعالى بقوله: ﴿وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ﴾ [البقرة: 179].

ولأنَّه يجترئ الناس على الدماء وإراقتها؛ فلا يمتنع أنْ يثبت فيما ليس بمنخفض الحرمة مِن طريق آخر على ما ذكرناه.

وقولهم: «إنَّ اليمين إنَّما تدخل لتحقيق النفي لا للإثبات»؛ غير مسلَّم، لأنَّ لها مَدخل في الإثبات عندنا على ما نقوله في الشاهد واليمين.

وبالله التوفيق.

فصل:

فأمَّا قوله: (فإنَّهم إذا حلفوا استحقُّوا الدَّم)؛ يريد في العمد.

وهذا قولنا وقول أصحابنا كافة[1].

ورُوي عن ابن الزبير وعمر بن عبد العزيز والزهري[2].

ذكره خارجة بن زيد عن جماعة مِن الصحابة[3].

وقال أبو حنيفة: «لا يُقتل بالقسامة»[4] [و/ 445].

---

(1) ينظر: النوادر والزيادات (14/ 135)

(2) ينظر: مصنف عبد الرزاق (18261) (18279) (18280) (18281)، ومصنف ابن أبي شيبة (28384) (28407) (28415).

(3) معرفة السنن والآثار للبيهقي (15694).

(4) ينظر: التجريد (11/ 5792).

وللشافعي قولان[1].

واستدلوا بمنع القَوَد:

بقوله: «إمَّا أنْ [تَدُوا][2] صاحبكم أو تُؤذنوا بحرب»[3]؛ فلو كان القتل واجبا لقال: «أو تسلموا القاتل ليقتل».

وفي حديث محمد بن إسحاق: «أنَّه -عليه السلام- كتب إلى اليهود: أن احلفوا خمسين يمينا، ثم اعقلوه؛ فإنَّه وجد قتيلا بين أظهركم»[4]، ولم يذكر القتل.

ولأنَّ اللوث مع الأيْمان حجة لا يثبت بها النكاح والطلاق، فلم يثبت بها قَوَد؛ كالشاهد واليمين والمرأة[5]؛ عكسه: الشاهدان ويمين الرد.

ولأنَّ القصاص موضوع على السقوط بالشبهة، وعدم تحقق الأولياء لكون المدَّعى عليه هو القاتل [شبهةٌ][6].

ولأنَّا لمَّا بدأنا بأيْمان الأولياء احتياطا للدم؛ وجب أنْ لا يتعلق بها قَوَد،

(1) ينظر: الحاوي الكبير (17/ 314).

(2) في: (ع): (تودوا)، والمثبت من مصادر التخريج.

(3) رواه البخاري (7192) ومسلم (1669[6]) من حديث سهل بن أبي حثمة.

(4) رواه أبو داود (4525)، من طريق محمد بن سلمة عن محمد بن إسحاق عن محمد بن إبراهيم ابن الحارث عن عبد الرحمن بن بجيد بنحوه، وقال ابن عبد البر في التمهيد (23/ 208): «ليس قول عبد الرحمن بن بُجيد هذا ممَّا يرد به قول سهل بن أبي حثمة ... وعبد الرحمن بن بُجيد لم يلقَ النبي ولا رآه ولا شهد هذه القصة، وحديثه مرسل».

(5) سيأتي في الجواب: «بالشاهد واليمين والشاهد والمرأتين».

(6) في: (ع): (بشبهة)، والمثبت أليق بالسياق.

لئلا يبطل دم المدَّعى عليه.

ولأنَّه لمَّا [لم][1] تُقتل بها جماعة لم يُقتل بها واحد؛ لاشتراكهم في المعنى الذي له سقوط القَوَد.

ودليلنا:

قوله: «تحلفون وتستحقون دم صاحبكم»[2].

وفي حديث آخر: «دم قاتلكم»[3]؛ وهذا نصٌّ، لأنَّ استحقاق الدَّم لا يُعبَّر به عن الدية.

وقوله: «يُقسِم خمسون منكم على رجل منهم، ثم يدفع إليكم برُمَّته»[4].

وفي حديث سليمان بن يسار: «أدفعه إليكم برمته»[5]، وليس ذلك إلا القتل.

وروى أصحابنا عن قتادة عن سليمان: أنَّ النبي ﷺ قال: «تحلفون خمسين يمينا، وأمكِّنكم مِن قاتل وليكم؛ فإن شئتم قتلتم، وإن شئتم عفوتم، وإن شئتم أخذتم الدية»[6].

ولأنَّها حجة ثبت بها قتلُ عمدٌ؛ فوجب أنْ يُستحق بها قتل مَن ثبت عليه، أصله: الشاهدان.

---

(1) زيادة يقتضيها السياق.

(2) رواه البخاري (7192) ومسلم (1669[6]).

(3) رواه مسلم (1669[1]).

(4) رواه مسلم (1669[2])، في سياق طويل.

(5) تقدم تخريجه (ص: 176).

(6) لم أجد مَن خرجه فيما بين يدي من مراجع.

ولأنَّ كلَّ دعوى حقَّقها مدَّعيها بما جُعل حجَّة فيها في الشرع؛ فإنَّ ذلك يوجب أنْ يحكَم له بموجَب دعواه؛ أصله: إذا ادَّعى مالا وحقَّق دعواه بشاهدين أو بشاهد ويمين فإنَّه يُحكم له به.

وإذا ثبت [هذا؛ فـ][1]حديث سهل قد روينا فيه: «تحلفون وتستحقون دم صاحبكم».

وحديث محمد بن إسحاق: ظاهره متروك باتفاقنا، وعلى أنَّا نرتبه على ما ذكرناه.

واعتبارهم بالشاهد واليمين والشاهد والمرأتين؛ غير صحيح، لأنَّه لمَّا لم يكن له تأثير في ثبوت قتل العمد لم يوجب به قَوَد، والأيْمان مع اللوث بخلافه؛ لأنَّها يثبت بها حكم قتل العمد.

ولأنَّها بيِّنة تُسمع في دعوى قتل العمد؛ فجاز أنْ يثبت بها القَوَد.

وقولهم: «موضوع القصاص أنْ يسقط [بالشبهة][2]»؛ غير مسلم، لأنَّ هذا موضوع الحدود، فأمَّا القصاص فيثبت مع الشبهة.

[ولأنَّه][3] لا شبهة هاهنا؛ لأنَّ أيْمان المدَّعين مع اللَّوث بيِّنة يثبتُ معها حكم القتل، فهي في معنى يمين الردِّ عندهم، فلمَّا كان يمين الردِّ لا توصف بأنَّها شبهة، كذلك يمين الأولياء مع اللوث.

---

(1) زيادة يقتضيها السياق، على نسق ما تقدم.

(2) في: (ع): (الشبهة)، والمثبت أليق بالسياق.

(3) في (ع): (لأنه)، والمثبت أليق بالسياق

وادعاؤهم أنَّ ذلك للاحتياط؛ غلط، لأنَّ المُراعى بالاحتياط ردعُ مَن قد تثبُت الحجة عليه وزجرُه وإمساكُه عن ارتكاب مثل ما ارتكب، وليس الغرض حفظ دمِ مَن قد أُمرنا بردعه وزجره وثبتَ عليه حكم القتل.

واعتبارهم ذلك بالجماعة؛ لا يصح، لأنَّه يبطل -على أصل الشافعي- بالأب يشارك الأجنبي في قتل ابنه.

ولأنَّ القسامة لمَّا ضعفت عن البينة والإقرار؛ لم يمتنع أنْ يجب بها بعض الجنس دون جميعه، وبالله التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ولا يَحْلِف في العمد أقلُّ مِن رجلين).

[1]**[قال القاضي -رحمه الله-:**

لأنَّ أيمان الأولياء أقيمت مع اللوث مقام البينة، فلما لم يكتف في البينة بشهادة واحد، فكذلك هنا لا يكفي في الأيمان واحد، فكان أقل من يحلف فيها اثنان.

ولذلك قال عليه السلام: «تحلفون وتستحقون دم صاحبكم»[2].

---

(1) الظاهر أنه وقع للناسخ في هذا الموضع سهو، نتج عنه سقوط شرح هذه المسألة برمتها، وكتابة شرح المسألة التي تليها، وقد حاولنا استدراك الشرح مما نقله الهسكوري عن المصنف في «شرح الرسالة» [91/ أ]، والفاكهاني في «التحرير والتحبير» (5/ 435).

(2) رواه البخاري (7192) ومسلم (1669[6]).

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ولا يُقْتَل بالقسامة أكثر من رجل واحد)].

قال القاضي -رحمه الله-:

إذا ثبت أنَّ القَسامة يُقتل بها؛ نُظر في دعوى الأولياء:

فإن كانت على واحدٍ؛ قَسَموا عليه وقتلوه.

وإنْ كانت على جماعة؛ قَسَموا على واحدٍ منهم ويقتل، ولا شيء على الباقين مِن دية ولا قَتل، إلا الضرب والحَبس.

فذكر عن بعض أصحابنا: أنَّه يُقسم على الجميع، ويختارون واحدا فيقتلونه.

وكيف تصرفت الحال؛ فلا يقتل بها أكثر مِن واحد[1].

وقال الشافعي: «يُقسَم على الجماعة [و/ 446] ويُقتلون»[2].

قال: لأنَّ كلَّ حجة جاز بها قتل واحد جاز بها قتل الجماعة، أصله: الشهود.

ولأنَّها يمينٌ يُقتل بها الواحد، فجاز أنْ تقتل بها الجماعة؛ كيمين الرد.

ودليلنا:

قوله ﷺ: «يُقسم خمسون منكم على رجل منهم فيُدفع إليكم برُمَّته»[3]؛

---

(1) ينظر: النوادر والزيادات (14/ 171).

(2) ينظر: الحاوي الكبير (13/ 15).

(3) رواه مسلم (1669[2]).

فأخبر أنَّ القَسامة التي يُقتل بها لا تكون إلا على واحد بعينه.

ولأنَّ القَسامة أضعف مِن الإقرار والبينة؛ وإنَّما يُوجَب القتل بها ردعا وزجرا للقاتل، فلم تبلغ في القوة أنْ تُساوي البينة [الكاملة](1).

كما أنَّ الشاهد واليمين والشاهد والمرأتين لمَّا ضعُف أمرهما عن الشاهدين؛ لم يكونا بمثابتهما في كلِّ الأحكام.

ولأنَّ الردع يحصل بقتلِ واحد منهم؛ لأنَّ كلَّ واحد يخاف أنْ يكون هو الذي يُقسَم عليه فيقتل، ولم يكن على فعله بينة كاملة.

ولا يجوز أنْ يعكس هذا فيقال: إنَّ الردع لا يحصل للجماعة بقتل واحد؛ لأنَّ كلَّ واحد يطمع أنْ لا يُقسَم عليه فيُقدِم على القتل، لأنَّ هذا خلاف العادات، لأنَّ الخوف في مثل هذه الأمور أَملك بالإنسان وأغلب على طباعه مِن رجاء التخلص، وآكد وأشد سبيلا على قتله؛ هذا هو الغالب مِن عادات الناس.

وإذا ثبت هذا؛ فاعتبارهم بالبينة قد أجبنا عنه.

وأمَّا يمين الرد: فلا يتصور في مسألتنا؛ لأنَّ الدعوى إنْ تجردت عن اللوث فلا يمين على المدَّعى عليه، وإن كان معها لوثٌ فإنَّ اليمين لا تنقل إلى المدَّعى عليه إلا بعد نكول المدَّعِيين.

فإذا وجبت على المدَّعى عليه فنكَل، فلم تجب إلى المدَّعي، وحبس المدَّعى عليهم أبدا حتى يحلفوا أو تلزمهم الدية في أموالهم -على الرواية

(1) في (ع): (الحاملة)، والمثبت أليق بالسياق.

الأخرى-، فليس هاهنا يمين ردٍّ، والله أعلم.

فصل:

وقال ابن [سُريج][1] -من أصحاب الشافعي- مثلَ قولنا: إنَّه لا يُقتل به إلا واحد، ويكون على مَن بقي بِقِسطهم مِن الدية؛ [كأن][2] يُدَّعى الدم على عشرة فيقتل واحد ويكون على الباقين تسعة أعشار الدية[3].

وهذا غلط؛ لأنَّ الباقين لم يثبت عليهم القتل لا بقسامة ولا غيرها، ولا وجه لإلزامهم الدية.

ومجرد اللوث مع الدعوى [لا][4] يكفي دون أيمان المدَّعِين مِن القَسامة، [ولا][5] يكون إلا على واحد؛ فبطل ما قالوه.

فصل:

فأمَّا قول مَن قال: «إنَّه يُقسَم على الجماعة ثم يختارون واحدا فيقتلونه»؛ فالصحيح غيره، وهو قول مالك في سائر كتبه: «إنَّهم يقسمون على واحد بعينه»[6].

---

(1) في (ع): (شريح)، والمثبت من كتب التراجم، وهو أبو العباس أحمد بن عمر بن سُريج، كان يُفَضل على جميع أصحاب الشافعي حتى على المزني، توفي ببغداد سنة ست وثلاثمائة. [طبقات الفقهاء للشيرازي (ص: 108-109)]

(2) في (ع): (كأنه)، والمثبت أليق بالسياق

(3) ينظر: الحاوي الكبير (13/ 15).

(4) في (ع): (ولا)، والمثبت أليق بالسياق

(5) في (ع): (لا)، والمثبت أليق بالسياق

(6) ينظر: المدونة (4/ 661)، والنوادر والزيادات (14/ 171-172)

والدليل على ذلك:

قوله ﷺ: «تقسمون على رجل منهم بعينه فيدفع إليكم برُمَّته»[1].

ولأنَّه إنَّما يُقسَم على مَن يستوفى منه بموجَب القَسامة، وذلك هو الواحد، ويفارق الخطأ؛ لأنَّ الواجب فيه الدية، وذلك ينقسط على الجماعة، فجاز أنْ يُقسم على جماعتهم.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(وإنَّما تجب القسامة بقول الميت: «دمي عند فلان»).

قال القاضي -رضي الله عنه-:

وهذا كما قال، قول المقتول عمدًا: «دمي عند فلان»؛ لوثٌ يُقسِم معه الأولياء، ثم يجب لهم الدم[2].

وقال أبو حنيفة والشافعي: «ليس بلوث، ولا يجب به قَوَد ولا دية»[3]؛ لقوله: «لو أُعطي الناس بدعواهم لادَّعى قوم دماء آخرين» الخبر[4].

ولأنَّ كلَّ مَن لم يُقبل إقراره عليه بالمال؛ ففي النفس أولى، لأنَّه يُتهم بإلحاق الضرر مَن يُقاد به، وتعريضه للهلاك بهذا الإقرار.

---

(1) رواه مسلم (1669[2]).

(2) ينظر: المدونة (4/ 640).

(3) ينظر: شرح معاني الآثار للطحاوي (3/ 190-191)، والأم (8/ 350).

(4) رواه البخاري (4552) ومسلم (1711).

ولأنَّها دعوى دم؛ فلم يُقبل فيها قول المقتول، أصله: [و/ 447] الخطأ.

ودليلنا:

قوله -تعالى ذِكْره-: ﴿فَقُلْنَا اضْرِبُوهُ بِبَعْضِهَا كَذَٰلِكَ يُحْيِي اللَّهُ الْمَوْتَىٰ وَيُرِيكُمْ﴾ [البقرة:73]، والقصة معروفة في شأن الذي قتله ابن أخيه وادَّعى قتله على أهل القرية، وأمر الله أنْ تذبح بقرة ويضرب ببعضها، ﴿وَيُرِيكُمْ آيَاتِهِ﴾؛ ففعل ذلك، فقال: قتلني ابن أخي[1].

فصار هذا أصلا في قبول دعوى المقتول وتأثيرها في حكم القتل.

ورُوي: أنَّ القسامة جاهلية، فأقرَّها رسول الله ﷺ[2]؛ وظاهر هذا يقتضي أنَّها مُقرَّة على جميع ما كانت عليه، والعرب كانت تقبل دعوى المقتول على قاتله وتعمل به.

ولأنَّ اللوث هو اعتبار أمرٍ ينضم إلى دعوى الأولياء، [يُقويها][3] ويغلب معه على الظنِّ صدقهم فيها، وليس المطلوب به القطع ولا البتُّ، وإنَّما المراد شبهة بلطخ المدَّعى عليه؛ ولذلك سُمي لوثا ولطخا؛ كلُّ ذلك حراسة للدماء مِن أنْ يُتطرَّق إلى الاجتراء عليها.

[ولأنَّ][4] غالب أمور المسلمين عند الموت الإقلاعُ عن المعاصي

(1) ينظر: تفسير الطبري (2/ 76-82).

(2) روى مسلم (1670)، من طريق أبي سلمة وسليمان بن يسار عن رجل من الأنصار: «أنَّ رسول الله ﷺ أقرَّ القسامة على ما كانت عليه فِي الجاهليَّة».

(3) في (ع): (بقوتها)، والمثبت قريب من عبارة الشارح في «المعونة».

(4) في (ع) ما صورته: (وكان)، والمثبت أليق بالسياق.

وإحداث التوبة والاجتهاد بالتقرب، وكل ما يكفِّر الذنب؛ فهذا أمر لا يُدفع، وعادة لا تخلف، فيجب إذا أَخبر في هذه الحالة بأنَّ فلانا قتله وأقدم على ذلك صِدْقه فيما يشهد به ونفي التهمة عنه لأنْ يقصد ضد ما عليه غالب أمور المسلمين، فكان ذلك مِن أمره أقوى ما لطخ به المدَّعى عليه، وقويت به دعوى المدَّعي؛ فوجب أنْ يُقسم معه.

وإذا ثبت هذا؛ فالخبر[1] لا تعلُّق فيه، لأنَّا لسنا نعطي الأولياء بدعواهم، لكنَّ قول المقتول لوث يُقسم معه.

[وليس][2] إذا لم يقبل إقراره على غيره بالمال لم يقبل في الدم، كما لا يجب إذا لم تُقبل أَيْمان الأولياء مع اللوث في المال أنْ لا تقبل في الدم؛ لأنَّ حرمة الدم توجب من الاحتياط له أكثر ممَّا توجبه للمال.

وكذلك قولهم: «إنَّ حرمة المال أخفض مِن حرمة الدم»؛ أعني: تبطل باللوث.

وقولهم: «تلحقه التهمة أنَّه يحب [قتل][3] عدوه»؛ فهذا خلاف العادة أنْ يتزود الإنسان قتل النفوس المحرمة عند الموت.

ولأنَّه للإنسان أعدى مِن قاتله، وليس يبلغ عداوُه غيره مَن يتهم به إلى أكثر مِن أنْ يكون قتل حريما له وأخذ مالا، ولأنَّ كل هذا لا يبلغ عداوته بقتله له.

---

(1) قوله ﷺ: «لو أعطي الناس بدعواهم ...» الحديث.

(2) زيادة يقتضيها السياق.

(3) في (ع): (قول)، والمثبت أليق بالسياق.

وأما الخطأ؛ ففيه روايتان:

إحداهما: أنَّه يُقبل قوله فيه؛ كالعمد.

والأخرى: أنَّه لا يُقبل[1].

والفرق على هذه الرواية: أنَّ الواجب بقتل الخطأ مال؛ فإذا أضاف الدعوى إلى غيره في الخطأ فهي دعوى المال.

وقد بيَّنَّا الفرق بين طرق المال والدم، وبالله التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

([أو][2] بشاهد على القتل).

قال القاضي -رضي الله عنه-:

وهذا لأنَّ الشاهد العدل مِن أقوى وجوه اللوث؛ لأنَّ له مَدخلا في إثبات الحقوق في القتل وغيره، ويغلب على الظنِّ مع شهادته صدق المدَّعين؛ فوجب أنْ تكون شهادته لوثا يقسمون معه.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(أو شاهدين على الجرح، ثم يعيش بعد ذلك ويأكل ويشرب).

---

(1) ينظر: النوادر والزيادات (14/ 165).

(2) في (ع): (و)، والمثبت من متن «الرسالة».

قال القاضي -رضي الله عنه-:

وهذا لأنَّ الجرح أقوى في اللطخ واللوث مِن جميع ما تقدم؛ لأنَّه مِن جنس ما يُوجب القتل، بل الغالب منه القتل، فكان وجوده لوثا إذا ثبت بشاهدين.

فأمَّا بدعوى الأولياء؛ فلا يسمع.

وأمَّا إنْ كان القتل خطأ فوَجَدوا شاهدا على الجرح؛ فهل يثبت بشاهد وامرأتين أو بشاهد ويمين؟

يُخرَّج على روايتين:

إحداهما: أنَّه يثبت بها؛ [لأنَّه سبب][1] في استحقاق مال، لا في حكم بدل.

والآخر: أنَّه لا يثبت إلا بشاهدين؛ لأنَّه -وإن أدَّى إلى المال- فهو في نفسه ليس بمال.

فأمَّا اشتراطه: أنْ يعيش بعد الجرح ويأكل [و/ 448] **ويشرب:**

فلأنَّه إنْ مات في الحال لم يحتج إلى قَسامة وقُتل به الجاني، وإنَّما يكون لوثا لو عاش بعده، لإمكان أنْ يكون القتل كان بسبب غير الجرح؛ فإذا ادَّعى الأولياء أنَّ القتل من الجرح؛ فالظاهر معهم موجود، وهو الجرح.

والله أعلم.

---

(1) في (ع): (لا بسبب)، والمثبت أليق بالسياق.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(وإذا نكل مُدَّعو الدم عن القسامة حلف المُدَّعَى عليهم خمسين يمينًا، فإن لم يجد مِن وُلاته مَن يحلف معه غيرَ المدَّعَى عليه وحده؛ حَلف الخمسين).

قال القاضي -رضي الله عنه-:

وهذا لأنَّ الأيْمان في القسامة حقُّ التبدئة بها لأولياء الدم -على ما بيَّناه-، فإذا نكلوا انتقلت إلى جَنَبة المُدَّعَى عليهم.

ويدلُّ على ذلك:

أنَّه ﷺ عَرض الأيْمان على المدَّعِين، فلمَّا قالوا: «لا نحلف»؛ نقلها إلى جَنَبة اليهود، قال: «فتُبرئكم يهود بخمسين يمينا»[1]؛ فوجب لذلك انتقال اليمين إلى جَنَبة المدَّعَى عليهم عند تعذرها مِن أولياء الدم؛ إمَّا بنكولهم أو بقصور عددهم.

فإذا انتقلت الأيْمان إلى جنبة المدَّعى عليه؛ لزمه أنْ يحلف خمسين يمينا، فذلك لِمَا رويناه مِن قوله ﷺ: «تبرئكم يهود بخمسين يمينا»؛ أصله: الأيْمان إلى جنبة المُدَّعِين.

وللمدَّعَى عليه أنْ يستعين بمَن يحلف معه مِن عصبته؛ لأنَّها أيْمان مستحقة بالقَسامة؛ كأيْمان المدَّعِين.

---

(1) رواه البخاري (6142) ومسلم (1669[1]).

وإنْ لم تكن له عصبة يحلفون معه؛ حلف المُدَّعَى عليه، وبَرِئ مِن الدم.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ولو ادُّعِيَ القتلُ على جماعة حلف كل واحد خمسين يمينًا).

قال القاضي -رضي الله عنه-:

وهذا لأنَّ كلَّ واحد يلزم أنْ يحلف ما يبرأ به مِن الدم، والبراءة مِن الدم لا تكون بأقلَّ مِن خمسين.

ويدلُّ عليه:

قوله ﷺ للأنصار: «تبرئكم يهود بخمسين يمينا»[1].

ويفارق هذا أيْمان مَن يحلف مع المدَّعَى عليه مِن عصبته؛ لأنَّ ذلك أيْمانُ [تحقيقٍ][2]، وليست بمستحقة على أعيان الحالفين.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ويحلف مِن الولاة في طلب الدم خمسون رجلا خمسين يمينا، فإن كانوا أقلَّ قُسمت عليهم الأيْمان).

قال القاضي -رضي الله عنه-:

---

(1) رواه البخاري (6142) ومسلم (1669[1]).

(2) في (ع): (تخفيفه)، ولعل المثبت أليق بالسياق، ولعل المعنى: (أيمان تحقيق) للعدد، لاستكماله.

قد ثبت بما نقوله: أنَّ الواحد لا يحلف في دم العمد؛ فإذا كان اثنين فصاعدا فليس يخلو عددهم:

أنْ تقصر عنهم اليمين.

أو يبلغها.

أو يزيد عليها.

وقبل الكلام على العرض بتفصيل الأعداد، فإنَّ جنبة الأولياء لا يلزمها في تثبيت الدم أكثرَ مِن خمسين يمينا.

وقال الشافعي: «إذا كان ولاة الدم جماعة ومعهم لوث، حلف كلُّ واحد منهم خمسين يمينا».

وله قول آخر: «إنَّ الأيْمان تُفَضُّ[1] عليهم»[2].

واستدل عليه لوجوب الخمسين على كل واحد: بأنَّ اللوث حجة ضعيفة للأولياء، فأُلزم كلُّ واحد خمسين يمينا ليرهب ويرتدع إنْ كان مُبطِلا في دعواه أنْ يُقدِم على كثير مِن الأيْمان.

وهذا المعنى [يستوي][3] فيه الواحد والجماعة.

ولأنَّها يمين لزمت المُدَّعين مع قوة السبب؛ فوجب أنْ يحلف كلُّ واحد منهم مثل ما يحلف الآخر؛ أصله: إذا مات رجل وترك دَينا فيه شاهد واحد، فإنَّ كل واحدٍ مِن الورثة يحلف يمينا واحدة.

---

(1) الفضُّ: الكسر بالتفرقة. [الصحاح للجوهري (3/ 1098)].

(2) ينظر: الحاوي الكبير (13/ 13-14).

(3) في (ع): (يستوفي)، والمثبت أليق بالسياق.

وهذا الذي قالوه ليس بشيء.

ودليلنا:

قوله ﷺ للأنصار: «تحلفون خمسين يمينا، وتستحقون دم صاحبكم»[1]؛ فعَرَض الخمسين على جنبتهم[2]، وكان المدَّعُون جماعة؛ [و/ 449] فثبت ما قلناه.

ولأنَّ أحد الورثة لو أقام[3] شاهدين على دَينٍ [لأبيه][4] لثبت، ولم يحتج كلُّ واحد إلى أنْ يقيم شاهدين؛ لأنَّ حجة الواحد تكفي الجماعة، كذلك في هذا الموضع يثبت الدم باللوث مع الخمسين يمينا، فإذا حصل كانت حجة لجماعتهم.

فإن قيل: هذا يبطل بالشاهد واليمين؛ لأنَّ كلَّ واحد مِن الورثة يحلف يمينا ولا يقنع بأيْمان أصحابه.

قلنا: هذا لأنَّ اليمين لا تتجزأ ولا تتبعض؛ فدَعَت الضرورة إلى أنْ يحلف كل واحد مثل [ما يحلف][5] الآخر.

وفي مسألتنا بخلاف ذلك، وأشبه هذا ما نقوله في بعض الأولياء إذا عفا عن حقِّه مِن الدم: أنَّ حقوق الباقين تنتقل إلى الدية؛ لأنَّ الدم لا يتبعض، فلا

---

(1) رواه مسلم (1669[1]).

(2) في (ع): (جميعهم).

(3) في (ع): (إذا قام).

(4) في (خ): (لابنه)، والمثبت من (ع) أليق بالسياق.

(5) زيادة من (ع).

يمكنه استيفاء حقِّه.

ولو كان العفو في قتل الخطأ؛ لكان للباقين حقوقهم مِن الدية، لأنَّها تنقسم وتتجزأ وتتبعض؛ فتعلقهم بالردع ركيكٌ لا يساوي التشاغل به.

فإذا ثبت ما ذكرناه: أنَّه لا يلزم في جنبة المدَّعِين أكثر مِن خمسين يمينا؛ نظرنا في التفصيل الذي قدمناه، فقلنا:

إنْ كان عددهم خمسين؛ فإنَّ الأيْمان تُقسم[1] عليهم بالسَّويَّة، فيحلف كلُّ واحد [منهم][2] يمينا واحدة.

وإن كان عددهم أقل مِن خمسين؛ قُسِطت عليهم الأيْمان لتكمُل الخمسون.

فإن كان في الأيْمان كسرٌ جُبرت على مَن عليه أكثرها؛ لأنَّه أولى بالحمل عليه، وذلك أنَّ كل ما لا ينقسم ولا يتبعض وجب جبره ليُكمله؛ أصل ذلك[3]: طلاق العبد، وأَقراء الأمَة.

وإن كان عددهم هي أكثر مِن خمسين؛ ففيها روايتان:

إحداهما: أنه يحلف منهم خمسون رجلا [خمسين يمينا][4].

والأخرى: أنَّ كلَّ واحد منهم يحلف يمينا واحدة[5].

---

(1) في (ع): (تنقسم).

(2) زيادة من (ع).

(3) في (ع): (أصله).

(4) زيادة من (ع).

(5) ينظر: التفريع (2/ 187).

فوجه قوله: إنَّه يحلف منهم خمسون رجلا:

قوله ﷺ: «يحلف خمسون منكم على رجل منهم، أدفعه إليكم برمته»[1]؛ فنصَّ على هذا القدر مِن العدد، فانتفى ما زاد عليه.

وقوله: «تحلفون خمسين يمينا، وأمكِّنكم مِن قاتل صاحبكم»[2]؛ فجعل في جنبتهم خمسين يمينا، فانتفى زيادة عليها.

ولأنَّ الخمسين يمينا إذا حصلت لم تجب زيادة عليها؛ أصله: إذا كانوا خمسين رجلا أو أقل.

ولأنَّ كلَّ زيادة على الخمسين لم تجب مع نقصان الأولياء عن خمسين لم تجب مع زيادتهم؛ أصله: ما زاد على اليمين الواحدة في حقِّ كلِّ واحد.

ووجه قوله: إنَّه يحلف كل واحد يمينا واحدة:

قوله: «تحلفون وتستحقون دم [صاحبكم][3]...»[4] الخبر، ولم يسأل عن عددهم فكان عامًّا.

ولأنَّ الأيْمان حقٌّ على كلِّ مَن كان له نصيب في الدم، فوجب أنْ يحلف كل واحد منهم؛ أصله: إذا كانوا خمسين رجلا.

والأول أقيس، والله أعلم.

---

(1) رواه مسلم (1669[2]).

(2) رواه مسلم (1669[1]) بنحوه.

(3) زيادة من (ع).

(4) رواه البخاري (7192) ومسلم (1669[6]).

وإنَّما قلنا: إنَّ الأيْمان تقسط عليهم [بالسَّوية][1]، خلافا للشافعي [رحمه الله] حين يقول: «إنَّ الأيْمان[2] تقسط عليهم على قدر مواريثهم»[3]؛ [فلأنَّ][4] الواجب بِقتل العمد دمٌ لا مالٌ، فلا معنى لاعتبار المواريث[5] في ذلك، هذا أظهر الروايتين.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ولا تحلف امرأة[6] في العمد).

قال القاضي -رحمه الله-:

اختُلف عنه في النساء، هل لهن مَدخل في ولاية الدم أم لا؟

فعنه فيه روايتان:

إحداهما: أنَّ لهن مَدخلا فيه كالرجال، إذا لم يكن في طبقتهن عصبة.

والأخرى: أنَّه لا مَدخل لهن[7].

---

(1) في (خ): (بالتسوية)، والمثبت من (ع).

(2) في (ع): (إنها).

(3) ينظر: الحاوي الكبير (13/ 13-14).

(4) في (خ): (فإن)، والمثبت من (ع).

(5) في (ع): (مواريثهم).

(6) في (ع): (المرأة).

(7) ينظر: النوادر والزيادات (14/ 97-111).

فوجه الأول: قوله: «مَن قُتل له قتيل [فأهله][1] بين خيرتين إنْ شاءوا قتلوا، وإنْ شاءوا عفوا وأخذوا الدية»[2]؛ فعمَّ.

وقوله [ﷺ]: «يحلف خمسون منكم على رجل منهم»[3]؛ فعمَّ.

ولأنَّ القصاص يستحق على استحقاق الميراث؛ فوجب أنْ يثبت لجميع الورثة.

ووجه الثانية: قوله -[تعالى ذِكْره]-: ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: 34]؛ فجعل أمرهن إلى الرجال فيما يُقام به مِن الأمور.

ولأنَّ ولاية الدم مُستحَقَّة بالنصرة، وليس النساء مِن أهلها، فلم يكن لهن مَدخل [و/ 450] في الولاية المُستحَقَّة بها.

ولأنَّه لا مَدخل لهن في ولاية النكاح؛ فلم تكن لهن ولاية في الدم، كالأجانب والمجنون الذي لا يُرجى برؤه.

وعلى الرواية التي تقول: «إنَّ لهن مدخلا في ذلك»، ففي أي شيء لهن مدخل فيه؟ روايتان:

إحداهما: في القَوَد دون العفو.

والأخرى: في العفو دون القَوَد[4].

---

(1) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(2) رواه البخاري (6880) ومسلم (1355) بلفظ قريب.

(3) رواه مسلم (1669[2]).

(4) ينظر: النوادر والزيادات (14/ 111).

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ويحلف الورثة في قتل الخطأ بقدر ما يرثون مِن الدية [مِن][1] رجلٍ أو امرأةٍ).

قال القاضي -رحمه الله-:

وهذا لأنَّ المُستحَق بقتل الخطأ مال؛ فجاز أنْ يثبت للنساء مَدخل فيه، كما لهن مَدخل في إثبات ديون الميت.

والأيْمان مقسطة على قدر مواريثهم[2]؛ لأنَّ الجهة التي بها استحقت الأيْمان هي المواريث، فكان الأيْمان على حسبها.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(وإنِ انكسرَتْ يمين عليهم حَلَفَها أكثرهم نصيبًا منها).

قال القاضي -رحمه الله-:

قد ذكرنا هذا وبيَّناه[3].

---

(1) زيادة من متن «الرسالة».

(2) نقله عن المصنف صالح الهسكوري في «شرح الرسالة» [92/ أ] والفاكهاني في «التحرير والتحبير» (5/ 442).

(3) قال فيما تقدم (ص: 196): «فإن كان في الأيْمان كسرٌ جُبرت على مَن عليه أكثرها؛ لأنَّه أولى بالحمل عليه، وذلك أنَّ كل ما لا ينقسم ولا يتبعض وجب جبره ليُكمِله؛ أصل ذلك: طلاق العبد، وأقراء الأَمَة».

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(وإذا حضر بعضُ ورثةِ ديةِ الخطأ لم يكن له بدٌّ أنْ يحلف جميع الأيْمان، ثم يحلف مَن يأتي بعده بقدر نصيبه مِن الميراث).

قال القاضي -رضي الله عنه-:

هذا لأنَّ الدم لا يثبت بأقلَّ مِن خمسين يمينا، فلا يستحق أحد منهم شيئا قبل ثبوت الدم؛ فإن حلف أحد منهم الخمسين ثبت الدم، ثم يحلف مَن بعده بقدر حقِّه؛ لأنَّ الدم قد ثبت مِن الجهة التي يثبت بمثلها.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ويحلفون في القسامة قياما، ويُجلب إلى مكة والمدينة وبيت المقدس أهلُ [أعمالِها للقسامة][1]، ولا يُجلب [في][2] غيرها إلا مِن الأميال اليسيرة).

قال القاضي -رضي الله عنه-:

أمَّا قوله: **(يحلفون قياما)**؛ فلأنَّ اليمين لمَّا كان موضوعُها الإرهاب والردع، وجب أنْ يغلظ فيها ما أمكن، ليكون أدعى إلى ارتداع الحالف ورجوعه عمَّا لعله أنْ لا يحلف فيه كاذبا، واستحلافه قائما أردع له وأبلغ في إرهابه؛ فلذلك قال: **(إنَّه يحلف قائما).**

---

(1) في (ع): (القسامة)، والمثبت من نسخ «الرسالة»، ومما سيأتي في الشرح.

(2) في (ع): (إلى)، والمثبت من نسخ «الرسالة».

وقوله: **(يُجلب إلى مكة والمدينة وبيت المقدس مَن وجبت عليه القسامة مِن أعمالها)**؛ فلأنَّ لهذه المواضع مِن الفضيلة والشرف ما ليس لغيرها.

ألا ترى أنَّ فضيلة الصلاة فيها تُوَفَّى على فضيلة الصلاة في كلِّ موضع لسواها بأضعاف كثيرة.

وكذلك مَن نذر أنْ يمشي إليها للصلاة فيها لزمه الوفاء بنذره، ولم يجز له الركوب إلا لعذر.

فإذا كان الأمر كذلك، وكان الدم أو الأيْمان مغلَّظٌ أمرُها مؤكدٌ الحكم فيها؛ وجب أنْ يجلب إليها مِن أعمالها مَن وجبت اليمين عليه فيها إليها، ليكون أردع له وأدعى إلى انكفافه وانزجاره.

ولأنَّه قد يحدث له عند رؤية تلك المواضع وخوفه مِن الإقدام على اليمين الفاجرة إنْ كان مبطلا ما لا يرتدع عنه في غيرها؛ هذا أمرٌ معروفٌ مِن دِين الأمة عدلها وفاسقها؛ أنَّهم يحدث لهم خشوع عند معاينة الكعبة، وقبر النبي ﷺ، ويجددون التوبةَ مِن معاصي[1] إنْ كانوا عليها مُصرِّين؛ فلذلك [اختاروها.

وأمَّا][2] غيرها مِن سائر المواضع فلا يجلب إليها مَن بِقُربٍ منها؛ لأنَّه لا فائدة في ذلك، إذ ليس فيه المعنى الذي هو موجود في هذه المواضع[3].

والله أعلم.

---

(1) كذا في (ع)، وهي لغة.

(2) في (ع): (اختاروا ما)، والمثبت أليق بالسياق.

(3) نقله عن المصنف صالح الهسكوري في «شرح الرسالة» [92/ ب].

مسألة

قال -رحمه الله-:

(ولا قَسَامة في جُرْحٍ ولا عَبْدٍ).

قال القاضي -رضي الله عنه-:

لأنَّ النبي ﷺ حكم في القَسَامة في النفس؛ والأصل في القَسَامة أنَّها جاهلية، فلا يُحكَم فيها إلا بالقدر الذي حَكَم به [و/ 451] النبي ﷺ وأقرَّه.

ولأنَّ حرمة الجراح أخفض مِن حرمة النفس، ألا ترى أنَّه لا كفَّارة فيها كما في النفس؛ لانخفاض حُرمتِها عنها.

فأما (العبدُ): فلا قسامة فيه عندنا، وعند الأوزاعي[1].

وقال أبو حنيفة والشافعي: «فيه القسامة لأنَّه مسلم قُتل ظلمًا[2]؛ كالحر»[3].

ودليلنا:

[أنَّ الأموال إذا تلفت لا يثبت إتلافها][4] بالقسامة؛ أصله: العروض وغيرها.

ولأنَّه حيوان [يُباع][5] ويُشترى؛ فأشبه البهائم.

والمعنى في الحرِّ كَمَال حرمته، وأنَّه مِن الجنس الذي يضمن بالقَوَد تارةً، وبالديات أخرى، وبالله التوفيق.

---

(1) ينظر: المدونة (4/ 649)، والأوسط لابن المنذر (13/ 446)

(2) في شرح الهسكوري [93/ أ] والفاكهاني (5/ 444): (مسلم قَتل مسلما).

(3) ينظر: الأصل (6/ 569)، والأم (7/ 226).

(4) خرم في (خ)، والمثبت من (ع).

(5) خرم في (خ)، والمثبت من (ع).

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ولا بين أهل الكتاب).

قال القاضي -[رحمه الله]-:

هو[1] لنقصان حرمتهم بالكفر عن أحرار المسلمين،[2] والقَسَامةُ تُستحق [لتمام][3] الحرمة[4] والتساوي في الدين.

ولأنَّها وُضعت حراسة للدماء وحِفظا لها؛ فهي كالقصاص الذي أخبر الله تعالى بأنَّه شَرَعَه حِفظا للدماء وحقنا؛ فإذا لم يكن له القصاص على مسلم، فكذلك لا قَسَامة في قتله.

ولأنَّ تكافؤ الدماء اعتُبر فيه أمران:

أحدهما: كمال الحرمة بالحرية.

والتساوي في الدين.

قد ثبت أنَّ حرمة الدين أغلظ وآكد[5] مِن حرمة الحرية، ثم العبد المسلم لا قَسامة فيه، والذمي أولى أنْ لا تكون فيه قَسامة.

---

(1) في (ع): (هذا).

(2) في (ع): (قال القاضي)، ولعلها تصرف مِن الناسخ.

(3) في (خ): (تمام)، والمثبت من (ع) أليق بالسياق.

(4) في شرح الهسكوري [93/أ] والفاكهاني (5/ 444): (الحرية).

(5) في (ع): (آكد وأغلظ).

فصل:

إذا أقام ولي الدم شاهدا أنَّ مُسلمًا قَتَل وليَّه النصراني؛ فاختلف أصحابنا فيه:

فقال ابن القاسم وعبد الملك: «يحلف يمينا واحدة ويأخذ الدية».

وقال أشهب وابن عبد الحكم: «يحلف المشهود عليه خمسين يمينا ويبرأ»[1].

فوجه قول ابن القاسم: أنَّها دعوى قَتلٍ مُوجَبها الدية دون القَوَد فلا قَسامة فيها، فجاز أنْ تثبت بالشاهد واليمين[2]؛ أصله: دعوى دم العمد.

ووجه قول أشهب: أنَّها دعوى قتل حرٍّ محقونِ الدم، فإذا لم تجب فيها[3] القَسامة وجب نقلُ اليمين إلى المُدَّعى عليه؛ أصله: قَتل المسلم.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله -:

(ولا في[4] قتيل بين الصَّفَّيْنِ).

قال القاضي -رحمه الله-:

[اعلم أنَّه اختلف عن مالك فيه على روايتين][5]:

---

(1) ينظر: النوادر والزيادات (13/ 544).

(2) في (ع): (باليمين والشاهد).

(3) في (ع): (فيه).

(4) قوله: (في) ليس في (ع).

(5) في (خ): (فيها روايتان)، والمثبت من (ع).

إحداهما: رواية الكتاب: أنَّه لا قَوَد فيه ولا قَسامة.

والأخرى: أنَّ وجوده مقتولا بينهما لَوث يوجب القَسامة لولاته؛ فيقسمون على [مَن](1) يدَّعون قتله عليه ويقتلونه به(2).

فوجه [الأولى](3): هو أنَّ القَوَد لا يُستحق إلا على مُدَّعى عليه [معيَّن](4)؛ وذلك [لا يكون إلا بلوثٍ، واللوث في](5) هذا الموضع لا يخصُّ واحدا بعينه، فلم تكن فيه قَسامة؛ [وإذا ثبت أنَّه لا](6) قَسامة فيه فديته على الفئة التي نازعته إنْ كان مِن الفئة الأخرى، وعليهما إنْ كان مِن غيرهما.

وإنَّما قلنا ذلك؛ لعلمنا بأنَّ الطائفتين إذا نصبتا الحرب واقتتلتا وشهَرتَا السلاح، فإنَّ كلَّ فريق لا يَقتل أصحابه وفِئَته، وإنَّما يقتل أعداءه وخصومه(7).

وقد علمنا أنَّ قتله لم يخرج عنهما فجعلنا ديته عليهما؛ إذ ليس إحداهما بأنْ تلتزم ذلك بأولى مِن الأخرى.

ووجه الأخرى: فلأنَّ اللوث هو الأمارة التي يغلب معها على الظنِّ صِدق المدَّعين؛ وقد علمنا أنَّ القتل لم يخرج عن الفريق الآخر، فكان وجوده

---

(1) خرم في (خ)، والمثبت من (ع).

(2) ينظر: المدونة (4/ 650)، والنوادر والزيادات (14/ 77-78)، والتفريع (2/ 192).

(3) في (خ): (الأول)، والمثبت من (ع) أليق بالسياق.

(4) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(5) خرم في (خ)، والمثبت من (ع).

(6) خرم في (خ)، والمثبت من (ع).

(7) في (ع): (خصومته).

مقتولا بينهما لوثًا يُوجب القسامة لأوليائه.

وكلُّ هذا مبنيٌّ على أنَّ القتال على غير تأويل، فأمَّا الذي كان على تأويل دِينٍ فلا قَوَد ولا دية ولا قَسامة على وجهٍ، والله أعلم.

مسألة

[قال -رحمه الله-:

(أو وُجد في مَحَلَّةِ قومٍ).

قال القاضي -رحمه الله-:][1]

فأمَّا إذا وُجد القتيل في مَحلَّة قوم فلا قسامة فيه عندنا، ولا يكون ذلك لوثا يوجب لأوليائه قسامة[2].

وقال أبو حنيفة: «وجوده قتيلا بينهم لَوْثٌ، يحلفون معه خمسين يمينا، ويستحقون الدية[3]»، ثم تكون الدية عنده على مَن يلي [بناء المدينة و[اختطَّها][4]][5]، [و/452] لا على المشتري، ولا على السكان[6][7].

---

(1) زيادة من (ع).

(2) ينظر: المدونة (6/ 646).

(3) في (ع): (الدم).

(4) في (ع): (احطتها)، ولعل المثبت أليق بالسياق، والخِطَّة (بالمعجمة): بالكسر: الأرضُ يَخْتَطُّها الرجل لنفسه، وهو أن يُعْلِم عليها علامة بالخَطِّ ليُعْلَم أنَّه قد اختارها ليبنيَها دارا، ومنه خطط الكوفة والبصرة. [الصحاح للجوهري (3/ 1123)].

(5) في (خ) ما صورته: (القبيلة واجتلبها)، والمثبت من (ع).

(6) في (ع): (الساكن).

(7) ينظر: الأصل (6/ 567-568).

وقال الشافعي: «إنْ كان أهل المَحلَّة أعداء للقتيل، لا يختلط بهم غيرهم؛ فذلك لَوثٌ يقسم معه؛ فَعقله عليهم.

وإن لم يكونوا أعداءه فلا شيء فيه.

وإنْ خالطهم غيرهم فلا شيء فيه أيضا؛ إلَّا أَنْ يدَّعي الأولياء على [أهل][1] المَحلَّة فيحلفون ويبرؤون»[2].

وفرَّق أبو حنيفة بين أنْ يوجد وبه أَثَر، أو يوجد ولا أَثَر به:

[فجعله][3] إذا وجد به أَثَر على أهل القبيلة.

وإذا لم يوجد به أَثَرٌ؛ لم يجعله على أحد[4].

والذي يدلُّ على ما قلناه:

أنَّ [وجود][5] القتيل في المَحلَّة لا يكفي في وجوب الدية دون أنْ تنضم إليه معانٍ أُخَر؛ دليل ذلك: إذا وجد ولا أثر فيه.

ولأنَّ الاحتمال قائم والإشكال ثابتٌ مع الأثر، كَهُوَ مع عدمه؛ فوجب ألا يستحق له قَوَد ولا دية.

ألا ترى أنَّه إذا لم يكن به أثرٌ احتمل أنْ يكون مات حتف أنفه مِن غير قتل، واحتمل أنْ يكون مات بقتلٍ إلا أنَّه بقتلٍ غيرِ مُؤَثِّر؛ مثل الضغط وما أشبهه.

---

(1) زيادة من (ع).

(2) ينظر: الحاوي الكبير (13/ 56-57).

(3) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(4) ينظر: الأصل (6/ 568).

(5) في (خ): (وجوده)، والمثبت من (ع).

وكذلك الاحتمال قائم مع الأثر؛ أنْ يكون قَتَله أهل المَحلَّة التي وجد فيها، أو قوم آخرون ضربوه فيها.

ولأنَّ الدية لو تُستحَق بنفس وجوده مع القَسامة لم يختلف الحكم بين وجوده وبه أثر ولا أثر به، ولا وجوده بدنا بغير رأسٍ أو رأسا بغير بدن؛ ألا ترى أنَّه لا يُلتفَت إلى ذلك مع قيام البينة والإقرار، ولا يختلف الحكم فيه؛ كان معه رأس أو لم يكن، [أو وُجد][1] بعضه أو كلُّه.

ومِن مذهب أبي حنيفة: أنَّ البدن إذا وُجد بغير رأس أو الرأس بغير بدن، أو وُجد ولا أثر فيه، أو وُجد مشقوقا نصفين نصفه في محلة ونصفه في محلة أخرى، أو لم يوجد إلا نصفه مشقوقا بالطول فقط؛ فإنَّه لا دية فيه ولا قَسامة[2].

فبان بذلك صحة ما قلناه.

ويدلُّ عليه -أيضا-:

أنَّ الجنايات لا تُستحَق دياتها إلا بالمباشرة والأسباب التي مثلُها يُتلِف.

وإذا ثبت ذلك؛ فلا يخلو [مَن بَنَى الخِطَّة][3] أنْ يكون قاتلا أو مُسبِّبا سببًا مُتلِفًا، ولا يصحُّ أنْ يقال: إنَّه قاتل؛ لأنَّ ذلك مَحَل بعد موته ودراسته.

وليس بناؤهم الخطَّة -أيضا- سببا للإتلاف؛ لأنَّ تَلَف القتيل لم يكن مِن

---

(1) في (ع): (أوجد)، والمثبت أليق بالسياق.

(2) ينظر: الأصل (6/ 569).

(3) في (ع): (من بناء الحطة) بالمهملة، والمثبت أليق بالسياق.

وجه البناء ولا [الاختطاط][1].

وإذا خرج مختطُّ [القبيلة][2] عن أنْ يكون قاتلا أو مُسبِّبا خرج عن أنْ يكون ممَّن تلزم عاقلته شيء.

ولأنَّ القتيل إذا وُجد في مَحلَّة قوم فلا يخلو:

أنْ يكون سكان المَحلَّة قتلوه.

أو غير أهل المَحلَّة.

أو مِن قِبل الجدران والأبنية.

فإن كان سكان المَحلَّة هم الذين قتلوه؛ فيجب أنْ يكون القتل [عليهم][3] دون أرباب الخطَّة.

وعند مخالفنا: أنَّه لا شيء على السكان.

وإن كان مِن قِبل البنيان؛ فذلك باطل، لأنَّه إنَّما يُعلم ذلك بأن يوجد قد وقع عليه الحائط أو في بئر، ويكون مِن أرباب الخِطَّة ضربٌ مِن التفريط في البناء؛ فيكونوا كالسبب.

وكلُّ هذا ممَّا ليس هاهنا مُوجبٌ، فبطل هذا الوجه.

وإن كان مِن جهة قوم آخرين؛ فيجب أنْ يُتَّبع القاتل، ولا يلزم أرباب الخِطَّة شيئا.

(1) في (ع): (الاختلاط)، والمثبت أليق بالسياق.

(2) في (ع): (القتالة)، والمثبت أليق بالسياق.

(3) في (ع): (عليه)، والمثبت أليق بالسياق.

ولأنَّ أبا حنيفة يوافقنا فيمن وجد قتيلا في مسجد جماعة أو في سوق؛ فإنَّه لا قسامة فيه، ولا يتَّبع [مِن][1] عاقلته أحد.

وكذلك إذا وجد في المَحلَّة؛ بعِلَّة أنَّه قتيل لا يُعرف قاتله، ولا دلَّ عليه لَوثٌ ولا بَيِّنةٌ[2].

واحتج مَن خالفنا:

بقوله ﷺ في حديث عبد الله بن سهل لليهود: «إمَّا أنْ تَدُوا صاحبكم، وإمَّا أنْ تُؤذِنوا بحرب»[3].

ورُوي: «أنَّه ﷺ كتب إلى أهل خيبر: إنَّ قتيلا وُجد بين أفنيتكم فأْدُوه أو فأذنوا بحرب مِن الله»[4].

ورُوي: أنَّ قتيلا وُجد بين قريتين فقال ﷺ: «أَذرِعوا ما بين القريتين فأَلقُوه على أقربها»؛ فوجدوه أقرب إلى إحدى القريتين بذراع، فأَلزَمَهُم الدية[5].

---

(1) زيادة يقتضيها السياق.

(2) ينظر: شرح مختصر الطحاوي للجصاص (6/ 53).

(3) رواه البخاري (7192) ومسلم (1669[6]).

(4) ذكره الطحاوي في «مختصر اختلاف العلماء» (5/ 181) من طريق محمد بن إسحاق عن عمرو بن شعيب مرسلا، بلفظه، ورواه أبو داود (4525)، من طريق محمد بن سلمة عن محمد بن إسحاق عن محمد بن إبراهيم بن الحارث عن عبد الرحمن بن بجيد بنحوه، وفيه: (بين أظهركم) بدل: (بين أفنيتكم)، وقال ابن عبد البر في التمهيد (23/ 208): «عبد الرحمن بن بُجيد لم يلقَ النبي ولا رآه ولا شهد هذه القصة، وحديثه مرسل».

(5) رواه البيهقي في الكبرى (16453)(16454)، من طريق أبي إسرائيل إسماعيل الملائي عن عطية عن أبي سعيد، بمعناه، وقال البيهقي: «تفرَّد به أبو إسرائيل عن عطية العوفي، وكلاهما لا يحتج بروايتهما».

ورُوي عن عُمر: «أنَّه حكمَ في قتيل وُجد بين قريتين أنْ يقسم لأقرب القريتين إليه خمسين يمينا ثم تُغرَّم الديةَ، فقال واحد منهم: ما وَفَّتْ[1] أيماننا أموالنا، ولا أموالنا أيماننا؟ فقال: نعم، أمَّا [453/و] أيمانكم فحقنتم بها دمائكم»[2].

قالوا: ولأنَّ الدماء قد حِيطت بما لم تحط به الأموال حتى حُكم فيها باللوث، ثم [تطرق المسلمون][3] إلى حياطتها وحفظها بكل وجه.

وإذا كان كذلك؛ فمتى وجد قتيل في مَحلَّة فالغالب أنَّهم قتلوه، فيجب أنْ يكون ذلك لوثا، لأنَّه مِن أقوى وجوه التهمة فيما يُدَّعى عليهم.

قالوا: ولأنَّكم قد قُلتم في الفئتين إذا التقتا ثم انكشفتا عن قتيل بينهما: فإنَّ الدية على القبيلة المنازعة؛ لأنَّها هي التي قتلوه في الغالب.

وكذلك لو وجدوه في محلة قوم فالغالب أنَّهم قتلوه، ولاسيما إذا كانوا أعداء.

فالجواب أنْ يُقال:

أمَّا قصة الأنصار فلا تعلُّق فيها؛ لأنَّه ﷺ لم يُثْبِت لهم حقًّا، حتى قال لهم: «تحلفون وتستحقون دم صاحبكم»[4]، وعندكم أنَّ الدية مُستحَقة بنفس وجود المقتول.

---

(1) في مصادر التخريج: (وَقَتْ).

(2) رواه البيهقي في الكبرى (16450) من طريق الشعبي عن عمر، ونقل عن الشافعي تضعيفه.

(3) في (ع): (تطرف المسلمين)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(4) رواه البخاري (7192) ومسلم (1669[6]).

وعلى أنَّه أرسل إليهم فسألهم عن شأن القتيل الذي وُجد بين أظهرهم فكتبوا: «إنَّا ما قتلناه، ولا عرفنا له قاتلا»؛ فلو كانت الدية تلزمهم بنفس وجوده لم يرض منهم بجوابهم.

وقوله: «إمَّا تَدُوه أو تؤذنوا بحرب مِن الله»[1]؛ مضمرٌ فيه: إنْ ثبت أنَّكم قتلتموه.

وأمَّا حديث القريتين؛ فقد أجاب أصحابنا عنه: بأنَّه يحتمل أنْ يكون هناك قول مِن المقتول: «إنِّي قتلني أقرب القريتين إليَّ»؛ فلذلك اعتبروا أقرب القريتين.

قالوا: فإن قيل: إنَّكم تخالفون الخبر مِن وجه آخر، وهو أنَّ في الحديث أنَّه أحلفهم وأغرمهم الدية.

قلنا: هذا كلام في غير مسألتنا، ولكن لعلَّ أنْ يكون ولاة الدم توقَّفوا عن اليمين أو [عفوا، وكان][2] القتل عمدا؛ فاستحقت الدية.

ثم في الخبر: «أمَّا أيْمانكم فحقنتم بها دماءكم»؛ فدلَّ على أنَّ القتل كان عمدا.

واعتبارهم بالغالب؛ يوجب عليهم ترك مذاهبهم، لأنَّ عندهم أنَّ الدية تجب على أرباب الخطَّة لا على السكان، وإنْ كان أرباب الخِطَّة قد بادوا وانقرضوا.

---

(1) رواه البخاري (7192) ومسلم (1669[6]).

(2) في (ع): (عفا فكان)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

فإن كانوا يراعون الغالب فيجب أنْ تلزم الدية السكان؛ لأنَّ الغالب أنَّهم هم القتلة، على أنْ لا فَصل بينهم وبين قاتلهم بمثل ما ادَّعوه؛ فقد كان الغالب بكون هذا القتيل قتيلا لغير المَحلَّة التي وُجد بها؛ لأنَّ الغالب أنَّ مَن قتل قتيلا أبعده عن نفسه، ونقله عن قريته وعن المواضع التي يُنسب إليها ويُتهم إذا وجد فيها بأن يكون القاتلَ له.

وإن صحّ هذا؛ فيجب أنْ يكون الغالب مِن حال هذا القتيل أنْ يكون قتله قوم [غير][1] أهل المَحلَّة، وألقوه عندها، ليطرحوه على غيرهم؛ لأنَّهم لو كانوا هم قتلوه لأبعدوه عنهم، هذا في مقتضى العادة.

فإن قيل: وجودُه بينهم مع كونهم أعداءه يُؤذن بأنَّهم قَتَلَته لا محالة؛ لأنَّ الغالب أنْ يكون العدو يقتُل عدوَّه.

ومتى حكمنا بهذا يقتضي به غالبًا قياسٌ آخر، وهو أنَّه بتبقيته بينهم يدلُّ على أنَّه قتله غيرهم؛ لأنَّ الغالب أنَّ العدو إذا قتل عدوَّه لم يدعه بحيث يُستدل به عليه، ويُعلم أنَّه هو الذي قتله، وأنَّه يُلقيه في مَحلَّة أعداء له أُخر ليسبق الظنُّ إلى غيره.

وأما القتيل الموجود بين الصفين؛ فقد بيَّنا أنَّ فيه روايتان، وأجبنا بأن قُلنا: إنَّ كلَّ واحدة مِن الطائفتين لا تقتل قومَها، وإنَّما تقتل أعداءها، فكان هذا لوثا واضحا بخلاف وجوده في المَحلَّة.

والله أعلم.

---

(1) في (ع): (عند)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

فصل:

مَن وجد قتيلا في سوقٍ أو مسجدٍ أو زحامٍ، أو إذا أفاض الناس مِن عرفة؛ فلا شيء فيه، ودمُه هَدَر.

وقال أبو حنيفة: «عقله على بيت المال».

ووافقنا على أنَّه فيمن وُجد في بحرٍ أو فلاةٍ أو نهر جارٍ فلا قسامة فيه ولا دية؛ فيقول: لأنَّه قتيلٌ لا يُعلم قاتله، ولا لوث معه فلم يؤخذ به [و/ 454] أحدٌ؛ أصله: إذا وُجد في نهرٍ جارٍ[1].

فإن قيل: إذا لم يلطخ به أحد لم يجز أنْ يُهدر دَمُه، ولم يكن بعض المسلمين أولى بحملِ دمه مِن بعض؛ فوجب أنْ يكون على جماعتهم.

قُلنا: لِمَا وَجب هذا؟ مع جواز أنْ يكون قَتلَه نصراني أو قتلته دابة أو مات فجأة أو غير ذلك، أو كان مجنونا فيخبط مِن حيث لم يكن لأحد صُنْعٌ في قَتله، والله أعلم.

مسألة

قال -رحمه الله-:

(وقتل الغِيلَة لا عفو فيه).

قال القاضي -رضي الله عنه-:

وهذا لكونه حقًّا لله تعالى، وكلُّ [قتل][2] تَعلق به حقُّ الله فلا عفو فيه؛

(1) ينظر: الأصل (6/ 570).

(2) في: (ع): (قتيل)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

كالزِّنى وغيره.

والدليل على أنَّه حقٌّ لله: أنَّ المُغتال إنَّما يقصد بقتله أخذ المال لا عداوة بينه وبين مَن قتله؛ فكان بمعنى الحرابة التي هي حقٌّ لله تعالى، فلم يكن لأولياء الدم فيها عفو، بل لا يسمون أولياء [إلا][1] مجازا، كما لا تسمى المَزنِيُّ بها أو المغتصبة وليَّة لدم الزاني.

ولا تعلق لمَن خالفنا بقوله: «مَن قُتل له قتيل فأهله بين خِيرتين»[2]؛ لأنَّ معنى ذلك فيما يكون الحقُّ فيه لهم، فأمَّا ما لا يتعلق لهم حقٌّ بقتله يستوفونه؛ فلا.

ولأنَّ الإمام ليس يقتله قَوَدًا فيكون الأمر في ذلك إلى الأولياء، وإنَّما يقتله حدًّا، والأولياء لا قول لهم في استيفاء حقوق الله تعالى.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(وللرجل العفو عن دمه العمدِ إنْ لم يكن قتله غيلة).

قال القاضي -رحمه الله-:

أمَّا إذا كان قُتل غيلة فقد ذكرنا أنَّ القتل فيه حقٌّ لله تعالى؛ فليس يملك العفو عنه.

فأمَّا على غير وجه الغيلة، وعلى الوجه الذي يُستحَق به القَوَد أو الدية؛

---

(1) في (ع): (لا)، والمثبت أليق بالسياق.

(2) رواه البخاري (6880) ومسلم (1355) بنحوه.

فإنَّ للمقتول أنْ يعفو عن دمه، وذلك لأنَّه أولى الناس بدم نفسه؛ لأنَّ الأولياء إنَّما يستحقون ذلك ميراثا عنه، فكان هو أولى به.

ويفارق ذلك؛ الخطأ، لأنَّ الواجب بقتل الخطأ مالٌ؛ فرُوعِيَ فيه الثُّلث، لأنَّه يكون كالوصية، وقتل العمد يوجب القَوَد -على أظهر الروايتين- أو التخيير.

فإن قلنا: إنَّ موجِبه القَوَد؛ فليس يتلف بعفوه على الأولياء مالا، فلم يكن لهم اعتراض عليه فيه.

وإن قلنا: إنَّ مُوجِبه التخيير؛ [فذلك][1] لا يثبت لهم إلا بموتِ المقتول، ثم تُعتبر الدية بعد موته باختيارهم، فلا مَقَالَ لهم في إسقاطه حقًّا لهم بعد.

والله أعلم.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(وعفوه في الخطأ في ثلثه).

قال القاضي -رضي الله عنه-:

هذا لِما ذكرناه؛ أنَّ عفوه في الخطأ هو إسقاط ماله، وهو محجور عليه في هذه الحال أنْ يسقط ماله على غير المعاوضة، والدية موروثة عنه؛ فكان حكمها حكم ماله، فإن حملها الثلث جاز؛ لأنَّ الأولياء لا مَقال لهم في الثلث.

---

(1) في (ع): (فلذلك)، والمثبت أليق بالسياق.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(فإن عفا أحد البنين فلا قَتل، ولمَن بقي نصيبهم مِن الدِّية).

قال القاضي -رحمه الله-:

وهذا لأنَّ الدم لمَّا لم يَتبعَّض و[لم](1) ينقسم؛ كان سقوط بعضه يوجب إسقاط جميعه؛ أصله: سائر ما لا يتبعض.

ألا ترى أنَّه إذا طلَّق نصف تطليقة كُمِّلت عليه تطليقة؛ لأنَّها لا تتبعض، وكذلك إذا طلَّق بعضها طَلُق جميعها.

وكذلك القصاص أحد مُوجَبَي القتل؛ فلم يجز أنْ ينفرد أحد الأولياء عن حقِّه منه [دون](2) أنْ يكون لباقيهم استيفاء حقوقهم؛ كالدية.

[ولأنَّ عكس هذا](3) متضمِّن أنَّه ممَّا يمكن استيفاء حقوقهم مِن القَوَد؛ وذلك محال، لما ذكرناه مِن استحالة تبعيضه.

ولأنَّه عفوٌ مِن ولي الدم عن حقِّه مِن القصاص؛ فأشبه إذا كان واحدا.

ولأنَّه لا يخلو أنْ يسقط حقُّ العافي، ويوجب لمَن لم يعف استيفاء باقيه، ولا يجعل لعفو العافي حكمًا، فالقسم الأول يبطل؛ لأنَّ الدم لا ينقسم ولا يتجزأ، فلا يمكن بعض الأولياء استيفاء حقِّه إلا بعد أخذ حقِّ غيره. [و/ 455]

---

(1) زيادة من شرح الهسكوري [93/ ب] نقلا عن المصنف.

(2) زيادة يقتضيها السياق.

(3) في (ع): (لأن هذا عكس)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

ولا يصحُّ أنْ يُقال: إنَّه لا حُكم لعفوه، وهو ممَّن له قسطٌ فيه؛ كقسط مَن لم يعف.

ولا خلاف مِن قول مالك في ذلك؛ إذا كان الأولياء هم الولد والإخوة، واختلف قوله في غيرهم مِن العصبة.

والصحيح: أنَّ الباب في ذلك كلِّه واحد؛ لأنَّ حقوق الباقين متساوية لحقوق العافين، والله أعلم.

مسألة

قال -رحمه الله-:

(ولا عفو للبنات مع البنين).

قال القاضي -رحمه الله-:

قد مضى القولُ في هذا[1].

مسألة

قال -رحمه الله-:

(ومَن عُفي عنه في العمد ضُرِب مائةً وحُبِس عامًا).

قال القاضي -رضي الله عنه-:

وهذا لِما رُوي عن النبي ﷺ أنَّه قال: «قاتل العمد إذا عُفي عنه ضرب مائة

(1) ينظر ما تقدم (ص: 198)، وصدَّره بقوله: «اختُلف عنه في النساء، هل لهن مَدخل في ولاية الدَّم أم لا؟».

وحُبس عاما»[1].

ولأنَّه تارة يوجِب القتل، وتارة لا يوجِبه، فوجب إذا وقع على الوجه الذي لا يوجِبه أنْ يتعلق به الحبسُ والضربُ؛ كالزنى.

وهذا على وجه الرَّدعِ والزَّجر، لا أنَّه حدٌّ مستحَقٌّ.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(والدِّيَة على أهل الإبل مائة مِن الإبل، وعلى أهل الذهب ألف دينار، وعلى أهل الوَرِق [اثنا][2] عشر ألف درهم).

قال القاضي -رحمه الله-:

الكلام في هذه المسألة في أربعة فصول:

أحدها: هل الذهب والوَرِق أصولٌ كالإبل أم لا؟

والثاني: هل يؤخذ كلُّ نوع منها مِن أهله مع قدرتهم على الإبل أم لا؟

والثالث: هل يؤخذ مِن أهل كل صنف غير ما أضيف إليه أم لا؟

والرابع: في مقدار ما يلزم أهل الوَرِق؛ هل هو اثنا عشر ألف [درهم][3] أو عشرة آلاف؟

فصل:

---

(1) لم أجده مسندا فيما بين يدي من مراجع، وقد جاء في المدونة (4/ 633-634) من قول مالك.

(2) زيادة من (ع).

(3) زيادة من (ع).

فأمَّا إيجاب الدِّية مائة مِن الإبل؛ فالأصل فيه: ما رُوي مِن الطريق[1] المتواترة: «أنَّه ﷺ قضى في النفس بمائة مِن الإبل»؛ وأنَّه كتب مع عمرو بن حزم وغيره: «أنَّ في النفس مائة مِن الإبل»[2].

ولا خلاف في ذلك.

فصل:

وأمَّا الكلام في الفصل الأول؛ وهو أنَّ الذهب والفضة أصول:

فالخلاف فيه مع الشافعي.

وذلك أنَّ مذهبنا: أنَّ أموال الناس ثلاثة أنواع:

قوم هم أهل إبل؛ فالدية عليهم مائة مِن الإبل.

وقوم هم أهل ذهبٍ؛ فالدية عليهم مِن الذهب ألف دينار.

وقوم هم أهل وَرِقٍ؛ فالدية عليهم اثنا عشر ألف درهم.

وهذا الواجب مِن الذهب أو[3] الوَرِق أصلان بأنفسهما يَجِبَان على أهلهما كوجوب الإبل على أهلها، لا يُراعى في ذلك أنَّها تؤخذ منهم عن قيمة

---

(1) في (ع): (الطرق).

(2) رواه مالك في الموطأ (3139)، ومن طريقه النسائي (4857)، عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد ابن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده به، في سياق طويل، قال ابن عبد البر في التمهيد (17/ 338-339): «وقد رُوي مسندا مِن وجه صالح، وهو كتاب مشهور عند أهل السير، معروفٌ ما فيه عند أهل العلم معرفةً تستغني بشهرتها عن الإسناد؛ لأنَّه أشبه التواتر في مجيئه لتلقي الناس له بالقبول والمعرفة».

(3) في (ع): (و).

إبل كانت هي الواجبة ثم انتُقل عنها إلى الذهب والوَرِق، بل لم يجب عليهم في الأصل إلا ذهب أو وَرِق ابتداءً، لا بدلا عن شيء، كما لم يجب على أهل الإبل في الأصل إلا إبل ابتداءً لا قيمة عن شيء[1].

وللشافعي قولان:

أحدهما: أنَّه يؤخذ مِن أهل الذهب ألف دينار، ومِن أهل الوَرِق اثنا عشر ألفا -كقولنا-.

والآخر: أنَّه يؤخذ منهم قيمة المائة مِن الإبل بالغة ما بلغت، ولا اعتبار بألف ولا باثني عشر ألفا[2].

ولهذين القولين مقدمة لا يختلف قوله فيها، وهو:

إنَّ العدول إلى الذهب والوَرِق لا يجوز إلا مع إعواز الإبل، فمتى أمكن أخذ الإبل لم يؤخذ سواها، مِن غير أنْ يُراعى أهل الدية هل هُم أهل إبل أو أهل ذهب أو وَرِق.

والكلام في هذا[3] يأتي بعد هذا الفصل.

واستدل أصحابه لهذا القول الذي هو أنَّ الذهب والفضة يؤخذان على[4] قيمة الإبل بالغا ما بلغت، [لا أنَّهما][5] أصلان بأنفسهما:

---

(1) ينظر: النوادر والزيادات (13/ 471-472).

(2) ينظر: الحاوي الكبير (12/ 226-227).

(3) في (ع): (فيه).

(4) في (ع): (من).

(5) في (خ): (أنهما)، وفي (ع): (لأنهما)، والمثبت أليق بالسياق.

بما رَوى عبد الله بن عمرو، قال: «كانت الإبل تُقوَّم على عهد رسول الله ﷺ ثمان مائة دينار، فلم تزل كذلك حتى استخلف عمر، فغَلت الإبل؛ فصعد المنبر، وقال: «[ألا][1] إنَّ الإبل قد غَلَت»، فأوجب ألف دينار أو اثني عشر ألف درهم بدل النفس»[2].

ففيه دليلان:

أحدهما: أنَّ الراوي بيَّن أنَّ الإبل غَلَت، وأنَّها كانت تُقوَّم على عهد رسول الله ﷺ، وتؤخذ قيمتها؛ وهذا ما يمنعونه.

والثاني: أنَّ عُمر بَلَغ بالدية ألف دينار واثني[3] عشر ألف درهم؛ ولم ينكر عليه أحد.

قالوا: وروى عمرو بن [و/456] شعيب عن أبيه عن جده قال: «كان رسول الله ﷺ يُقوِّم دية الخطأ على أهل القُرى أربع مائة دينار أو عِدلها مِن الوَرِق»[4].

---

(1) زيادة من (ع).

(2) رواه أبو داود (4542)، من طريق عبد الرحمن بن عثمان عن حسين المعلم عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو، به، وقال ابن الملقن في الدر المنير (8/ 442): «عبد الرحمن هذا هو البكراوي ضعفه جماعة، وقال أبو حاتم: ليس بقوي»، وقال ابن عبد البر في الاستذكار (25/ 16): «هذا الحديث يرويه غير حسين المعلم، عن عمرو بن شعيب، لا يتجاوزه به».

(3) في (ع): (واثنا).

(4) رواه أبو داود (4564) والنسائي (4801) وابن ماجه (2630)، من طريق محمد بن راشد، عن سليمان بن موسى عن عمرو بن شعيب، به، وقال النسائي في السنن الكبرى (6976): «هذا حديث منكر، وسليمان بن موسى ليس بالقوي في الحديث، ولا محمد بن راشد».

ولأنَّه بدلٌ عن متلفٍ لا[1] يجوز العدول إلى غيره مع وجوده، فوجب إذا جاز العدول عنه عند عدمه أنْ يرجع إلى قيمته؛ أصله: سائر الأبدال في المتلفات.

ولأنَّ الذهب والفضة لو كانا أصلين، وكانا بدلين عن النفس كالإبل؛ لكان القاتل مخيَّرًا في أيِّ ذلك شاء أنْ يُخرِج أخرجه؛ مثل كفارة اليمين.

ودليلنا:

ما روى [الناس][2] عن محمد بن مسلم الطائفي عن [عمرو بن دينار][3] [عن عكرمة][4] عن ابن عباس: «أنَّ النبي ﷺ جعل الدية اثني عشر ألف درهم»[5].

ورُوي مِن حديث عمرو بن حزم: «أنَّ رسول الله ﷺ قضى في الدية بألف دينار أو اثني عشر ألف درهم»[6].

---

(1) في (ع): (فلا).

(2) في (خ): (إلياس)، والمثبت من (ع).

(3) في (خ): (سليمان بن يسار)، والمثبت من (ع) ومصادر التخريج.

(4) زيادة من مصادر التخريج.

(5) رواه أبو داود (4546) والترمذي (1388) والنسائي (4803) وابن ماجه (2629)، من طرق عن محمد بن مسلم الطائفي به، وقد اختلف في وصله وإرساله، وقال الترمذي: «لا نعلم أحدا يذكر في هذا الحديث: «عن ابن عباس» غير محمد بن مسلم» اهـ وصوَّب الإرسال النسائي في الكبرى (6/ 356)، وأبو حاتم في العلل (4/ 234).

(6) القضاء بألف دينار؛ رواه النسائي (4853)، والبيهقي في الكبرى (16179) (7255)، وقال: «وجماعة من الحفاظ رأوا هذا الحديث ... موصول الإسناد حسنا»، وقال ابن عبد البر في التمهيد =

ورُوي: «أنَّ رجلا مِن بني عمرو بن عوف قُتل؛ فقضى -عليه السلام- بديته اثني عشر ألف درهم»[1].

فثبت بذلك شيئان:

أحدهما: كون[2] ذلك دية مقدَّرة، لا أنَّه بدلٌ على ديةٍ على ما يقولونه.

والآخر: أنَّه أطلق الإيجاب ولم يُفصِّل بين القدرة على الإبل أو عدمها.

فإن قيل: يجوز أنْ يكون ذلك كانت قيمة الإبل.

قيل: هذا -وإن جاز- فهو تركُ الظاهر وعدولٌ به عن الحقيقة إلى المجاز.

ويدل عليه: أنَّ عُمر قوَّم الدية بحضرة المهاجرين والأنصار على أهل الذهب ألف دينار، وعلى أهل الوَرِق اثني[3] عشر ألف درهم، ولم يخالف عليه أحدٌ؛ فدلَّ ذلك على أنَّه إجماع.

(17/ 338-339): «رُوي مسندا مِن وجه صالح، وهو كتاب مشهور عند أهل السير، معروفٌ ما فيه عند أهل العلم معرفةً تستغني بشهرتها عن الإسناد؛ لأنَّه أشبه التواتر في مجيئه لتلقي الناس له بالقبول والمعرفة».

أما القضاء باثني عشر ألف درهم؛ فالظاهر من كلام الحافظ ابن حجر في التلخيص الحبير (5/ 2635) أنه لم يرد في حديث عمرو بن حزم، وإنما في حديث ابن عباس الذي ذكره المصنف قبل.

(1) رواه ابن أبي حاتم في تفسيره (10400) وابن حزم في المحلى (10/ 393) من طريق عكرمة مرسلا، وقال: «المرسل لا تقوم به حجة»، وفيه: «بني عدي بن كعب» بدل (بني عمرو بن عوف)، وهو رواية للحديث الذي سبق قريبا عن عكرمة عن ابن عباس.

(2) في (ع): (أن كون).

(3) في (ع): (اثنا).

ولا يجوز أنْ يقال: إنَّ ذلك على طريق القيمة؛ لأنَّه لم يكن في قصة بعينها، وإنَّما كان ابتداء حكمٍ واستئناف قضاءٍ.

ورُوي مِن حديث[1] عائشة: أنَّ أباها قال في مقام أخبرته[2] به: «تصدَّقي باثني[3] عشر ألفا ديةَ مسلم»[4].

وعن أنس أنَّه قال: «لَأنْ أجلس بعد العصر أذكر الله [أحب][5] إليَّ مِن أنْ أعتق واحدا مِن ولد اسماعيل ديته اثنا عشر ألفا»[6].

ولأنَّه نوعٌ مال يجوز أنْ يُخرَج في الدية، فجاز أنْ يكون أصلا بنفسه؛ كالإبل.

---

(1) في (ع): (وروي عن).

(2) في (ع): (أخبر).

(3) في (ع): (باثنا).

(4) رواه ابن حزم في المحلى (10/ 394) من طريق عفيف بن سالم الموصلي عن عبد الله بن المؤمل عن عبد الله بن أبي مليكة عن عائشة بنت طلحة عن عائشة، بنحوه، وفيه أنَّ المقتول جانٌّ مسلم، وقال: «هذا لا شيء؛ عفيف بن سالم مجهول لا يدرى من هو، وعبد الله بن المؤمل هو المكي ضعيف لا يحتج به»، ورواه أيضا من طريق حاتم بن أبي صغيرة عن ابن أبي مليكة به، وفيه: «فأمرت باثني عشر ألفا، فجعلت في سبيل الله»، وقال ابن حزم: « ليس في هذا الخبر أنها قصدت بذلك قصد دية وجبت عليها، فزيادة ذلك عليها كذب لا يحل، وإنما هي صدقة تصدقت بها».

ورواه البيهقي في الخلافيات (7/ 41) من طريق إبراهيم بن ميسرة عن عائشة، وفيه: «فأخرجت ديته اثني عشر ألف درهم»، وقال: «هذا مرسل موقوف».

(5) في (خ): ما صورته (أرحب)، والمثبت من (ع) ومصادر التخريج.

(6) رواه ابن حزم في المحلى (10/ 393) من طريق يزيد الرقاشي عن أنس، به، مرفوعا بمعنى مقارب، وقال: «يزيد الرقاشي ضعيف لا يحتج به».

ولا يدخل عليه العروض وسائر المواشي؛ لأنَّ عندهم: أنَّ الإبل لا تُقوَّم إلا بالذهب أو الفضة.

ولأنَّه نوعٌ منصوصٌ على أخذه في الدية فكان أصلا بنفسه؛ أصله: الإبل.

ولأنَّ الدية معنًى جُعل الإبل فيها[1] أصلا؛ فوجب أنْ يكون الذهب والفضة فيه أصلين؛ كالزكاة.

فأمَّا الخبر؛ فيحتمل أنْ يكون قبل تقرير القيمة على أهل الذهب والوَرِق، فلمَّا تقررت القيمة [عاد][2] إلى ذلك.

وقولهم: «إنَّ عمر بلغ بالقيمة[3] ألف دينار ولم ينكر عليه أحد»؛ هو دليلنا، لأنَّها صارت أصلا بنفسها، وإن كانت في الأصل عن قيمة؛ وليس يمتنع كون الشيء أصلا في نفسه معتبرا بذاته، وإن كان سببه عن[4] معتبر به.

وكذلك ما رووه مِن حديث عمرو بن شعيب؛ كان قبل تقرر[5] القيمة التي استقر الإجماع[6] عليها.

وقولهم: «لأنَّه بدلٌ عن متلَف -يعنون الإبل- لا يجوز العدول عنه إلى غيره مع وجوده»، فإن أرادوا مع أهل الإبل فصحيح، وإنْ أطلقوا ذلك فلا

(1) في (ع): (فيها الإبل).

(2) في (خ): ما صورته (على)، وليس في (ع)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(3) في (ع): (بالدية).

(4) في (ع): (غير).

(5) في (ع): (تقرير).

(6) في (ع): (الاجتماع).

نسلِّمه، بل لا يجوز عندنا أخذه.

وقولهم: «لو كان بدلُ النفس ثلاثةَ أنواع لكان الإنسان مخيَّرا في إخراج أيِّها شاء»؛ لا يلزم، لأنَّ ذلك إنَّما يصحُّ لو كان ذلك أبدالا لها على الإطلاق، أو في حقِّ كلِّ قاتلٍ، فأمَّا كل بدل يختص بطائفة مخصوصة؛ فلا، فصار محل ذلك محل الصوم في كفارة اليمين، أنَّه -وإن كان بدلا عن الحنث- فليس على الإطلاق، لكن بشرط عدم القدرة على العتق والإطعام.

كذلك في مسألتنا؛ الذهب والفضة أصلان على أهلهما لا على الإطلاق.

والله أعلم.

فصل:

فأمَّا الكلام [و/ 457] **في أنَّه لا يُؤخذ مِن أهل الذهب إلا الذهب، وأنَّهم**[1] **لا تلزمهم الإبل وإن قَدروا عليها**؛ فإنَّه مبنيٌّ على أنَّ الذهب والوَرِق أصلان بأنفسهما كالإبل.

وإذا ثبت ذلك؛ لم يكن يؤخذ مِن أهلهما سواهما.

ونحرِّره فنقول: لأنَّه أصلٌ في الدية فلم يؤخذ مِن أهله سواه؛ كالإبل.

ولأنَّه نوع نُصَّ على إخراجه في الدية، فلم يلزم أهله غيره؛ أصله: الإبل.

قالوا: لأنَّه بدلٌ عن نفس آدمي حرٍّ فوجب أنْ يكون حيوانًا؛ أصله: قتل العمد، لأنَّ الواجب به القَوَد.

وهذا مِن أركِّ ما تُعلِّق به؛ لأنَّ القَوَد لا يقالُ له: «حيوان»، وليس نفس

(1) في (ع): (وأنه).

القاتل هو البدل، وإنمَّا إتلافه هو البدل، وفي مسألتنا؛ نفس الإبل هي البدل.

[ثم][1] لا يصحُّ ذلك على قولهم: إنَّ الواجب به التخيير بين القَوَد والدية. والله أعلم.

فصل:

فأمَّا الكلام في أنَّه لا يُؤخذ في الدِّيَة ما سوى هذه الأصناف الثلاثة، وهي الإبل والذهب والفضة؛ فهو قولنا وقول الشافعي على الاختلاف الذي حكيناه عنه[2].

وقال أبو يوسف ومحمد: «يؤخذ مِن أهل البقر مائتا بقرة، ومِن أهل الغنم ألفُ شاة، ومِن أهل الحُلل مائتا حلة يمانية»[3].

ولا يؤخذ مِن الحلل إلا يمانية؛ لما رُوي: «أنَّ النبي ﷺ فرض على أهل الذهب ألف دينار، وعلى أهل الوَرِق عشرة آلاف درهم، وعلى أهل البقر مائتا بقرة، وعلى أهل الغنم ألف شاة، وعلى أهل الحُلل مائتا حُلة»[4]، وهذا نصٌّ.

---

(1) زيادة من (ع).

(2) ينظر: المدونة (4/ 566-567)، والحاوي الكبير (12/ 226-227).

(3) ينظر: شرح مختصر الطحاوي للجصاص (5/ 411-412).

(4) رواه أبو داود (4543) و(4544)، من طريق محمد بن إسحاق عن عطاء مرسلا، وعن عطاء عن جابر، به، وقال الزيلعي في «نصب الراية» (4/ 363): «قال المنذري: لم يذكر ابن إسحاق من حدثه به عن عطاء، فهو منقطع، وأخرجه أيضا عن ابن إسحاق عن عطاء: «أن النبي ﷺ قضى»، فذكر نحوه، قال المنذري: مرسل، وفيه ابن إسحاق»، ورواه أبو داود (4542) من طريق عبد الرحمن بن عثمان عن حسين المعلم عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو، =

ورُوي مثله عن عمر[1].

ورُوي: «أنَّ الدية على عهد رسول الله ﷺ كانت تزيد وتنقص»[2]؛ فدلَّ ذلك على أنَّها مُقوَّمة.

ولأنَّها بدلٌ عن مُتلَف؛ فجاز أن يؤخذ فيه سوى الأصناف الثلاثة؛ كسائر الأبدال المتلفات.

ولأنَّه مالٌ لزمه أخذه بحكم الشرع؛ فجاز أخذ القيمة فيه، كالجزية.

ودليلنا:

ما رُوي: «أنَّه ﷺ قضى في النفس بمائة من الإبل»[3]، وهذا يوجب بعينِ ما يخرج فيه؛ لأنَّ الصحابة قوَّمت الإبل بألف دينار وباثنا[4] عشر ألف درهم؛ فسلمناه للإجماع، ولم تقوِّمه بغير هذين الصنفين فلم يجز إخراج سواهما.

ولأنَّه نوعٌ مِن الحلل؛ فأشبه غير [اليمانية][5].

به، وقال ابن الملقن في الدر المنير (8/ 442): «عبد الرحمن هذا هو البكراوي ضعفه جماعة، وقال أبو حاتم: ليس بقوي».

(1) ينظر «نصب الراية» للزيلعي (4/ 362).

(2) رواه أبو داود (4564) والنسائي (4801) وابن ماجه (2630)، من طريق محمد بن راشد عن سليمان بن موسى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، به، في سياق طويل، بمعناه، قال النسائي في الكبرى (6/ 355): «هذا حديث منكر، سليمان بن موسى ليس بالقوي ولا محمد ابن راشد».

(3) تقدم تخريجه (ص: 221).

(4) كذا في (ع)، وهي لغة.

(5) في (ع): (الثمانية)، والمثبت أليق بالسياق.

ولأنَّه عَرْضٌ مِن العروض؛ فأشبه الثياب والعقار.

ولأنَّه مالٌ يُؤخذ على طريق المواساة؛ فلم يجز فيه إخراج الحُلل؛ كالزكاة.

ولأنَّ أبا يوسف زعم أنَّه لا يؤخذ مِن الغنم إلا الثنيَّ فصاعدًا؛ فنقول: لمَّا لم يُجز أنْ يؤخذ صغار البقر والغنم فكذلك لا يؤخذ كبارها؛ لأنَّه ما لَهُ مَدخل في الدية قد أخذ صغاره وكباره، مثل بنات مخاض وجذاع وما بينهما.

فأمَّا الخبر الذي رووه: يحتمل أنْ يكون على وجه الصلح بدلا مِن الدماء، وأنَّ ذلك ممَّا يجوز التراضي عليه على وجه؛ بخلاف الزكاة لِما رويناه مِن النصوص.

ولا يجوز ادِّعاء الإجماع بما رووه عن عمر لِما رواه أهل المدينة عنه، ولو كان في ذلك إجماع لَمَا ذهب عن أهل المدينة [في][1] هذه المسألة إجماع منهم.

وما رَووه مِن أنَّ الدية كانت تزيد وتنقص، وأنَّ ذلك يفيد كونها مُقوَّمة؛ فلا يمتنع، لأنَّ تقويمه يصير شرعا ومُقدَّرا لا تجوز مخالفته.

وليس مِن حيث ما جاز له أنْ يزيد في الدية وينقص ما يجوز لنا أنْ نزيد وننقص؛ ألا ترى أنَّ الصلاة قد زِيد فيها بعد أنْ كان فرضها ركعتين فجعلت أربعًا، ثم لا تجوز لنا الزيادة ولا النقصان لتقررها.

---

(1) زيادة يقتضيها السياق.

والمعنى في سائر أبدال المتلفات؛ أنَّه يجوز أخذُ كلِّ نوع مع إمكان غيره بخلاف الدية.

وكذلك الجزية؛ لمَّا جاز أنْ يُزاد فيها وينقص جاز أخذ القيمة على بعض الوجوه، وليس ذلك بأكثر مِن أنْ يُصالحهم في الابتداء على مالٍ يأخذه منهم مِن غير تقدير، والله أعلم.

فصل:

فأمَّا الكلام في الفصل [و/ 458] **الرابع: وهو مقدارها على أهل الوَرِق اثنا عشر ألف درهم**؛ فهذا قولُ أصحابنا جميعًا، وهو قول الشافعي الذي يعتبر فيه التقدير[1].

وقال أبو حنيفة: عشرة آلاف درهم[2].

قالوا لِما رُوي: «أنَّ عمر قوَّمها على أهل الوَرِق عشرة آلاف درهم»[3].

ورُوي عن علي -رضي الله عنه- أنَّه قال في بعض كلامه: «عشرة بواحد صرف الدنانير بالدرهم»[4].

ولا خلاف أنَّ الدية في الذهب ألف دينار لا يُزاد عليه[5].

---

(1) ينظر: النوادر والزيادات (13/ 471)، ومختصر المزني (ص: 321)، والحاوي الكبير (12/ 226-227).

(2) ينظر: الحجة على أهل المدينة (4/ 257).

(3) ينظر نصب الراية للزيلعي (4/ 362).

(4) لم أجد من خرجه فيما بين يدي من مراجع، وروى عبد الرزاق في المصنف (18952) من طريق يحيى بن الجزار عن علي قال: «لا يقطع في أقل من دينار أو عشرة دراهم».

(5) ينظر: الأوسط لابن المنذر (13/ 146).

ودليلنا:

ما روى ابن عباس: «أنَّ النبي ﷺ جعل الدية اثنا عشر ألفا»[1].

والخبر المشهور عن عمر: «أنَّه قوَّمها على أهل الذهب ألف دينار، وعلى أهل الوَرِق اثنا عشر ألفا»[2].

وقد روى الناس أيضًا مِن طريق عمرو بن حزم: «أنَّ النبي ﷺ قضى بالدية ألف دينار واثني عشر ألف درهم»[3].

وما رَووه عن عليٍّ؛ فقد روينا عنه خلافه.

وعلى أنَّه ليس فيه أنَّ ذلك صرف الدينار في [الدية][4].

وصروفُ الدنانير المقدرة في الشرع -عندنا- على وجهين:

أحدهما: اثنا عشر؛ وهو في الدية والقطع في السرقة والنكاح.

والآخر: عشرة دراهم؛ وهو في الزكاة[5].

فيجوز أنْ يكون أراد صرف الدنانير في الزكاة.

ونحرر ما ذكرناه قياسا؛ فنقول: لأنَّه تقويم الذهب بالوَرِق فيما طريقه الحد والإتلاف، فيجب أنْ يكون كل دينار باثنا عشر درهما؛ أصله: القطع في السرقة.

---

(1) تقدم تخريجه (ص: 224).

(2) تقدم تخريجه (ص: 223).

(3) ينظر ما تقدم (ص: 224).

(4) في (ع): (الزكاة)، والمثبت أليق بالسياق.

(5) ينظر: النوادر والزيادات (2/ 115).

وحملهم خبرَنا على أنَّ المراد به وزن ستة[1]، وخبرهم على أنَّ المراد به وزن سبعة؛ غير مقبول، لأنَّه مجهولٌ [ما][2] عُرِف؛ لأنَّ وزن الإسلام هو هذا الذي نعرفه ونقوله، وتقويم الصحابة لا يكون أمر مجهول[3].

ثم لا ينفصلون ممَّن قابَلَهم فحَمَل خبرهم على المراد به وزن ثمانية.

والله أعلم.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ودية العمد إذا قُبلت؛ خمسة وعشرون حِقَّة، [وخمسة][4] وعشرون جَذَعَةً، وخمسة وعشرون بنت مخاض، وخمسة وعشرون بنت لبون).

قال القاضي -رحمه الله-:

وهذا كما قال؛ دية العمد المحض إذا قُبلت أرباعا على ما ذكره، وهو قول أهل العراق[5].

وقال الشافعي: أثلاثا، مثل دية المغلظة[6].

---

(1) أي أن الستة دنانير وزنها عشرة دراهم، وقال محمد بن الحسن في الحجة على أهل المدينة (4/ 264): «وقد صدق أهل المدينة أن عمر -رضي الله عنه- فرض الدية اثني عشر ألف درهم، ولكنه فرضها اثني عشر ألف درهم وزن ستة».

(2) زيادة يقتضيها السياق.

(3) كذا في (ع).

(4) في (ع): (وخمس)، والمثبت أليق بالسياق.

(5) ينظر: الأصل للشيباني (6/ 552)

(6) ينظر: الأم (7/ 277).

قالوا: لِمَا رَوى عُبادة بن الصامت أنَّ النبي ﷺ قال: «ألا إنَّ في الدية العُظمى مائة مِن الإبل؛ فيها أربعون خَلِفَة[1] في بطونها أولادها»[2].

ودليلنا:

قوله ﷺ: «في [النفس][3] مائة مِن الإبل»[4]؛ وظاهره: أدنى ما يتناوله الاسم.

[و][5]لأنَّه أحد نوعي القتل يُعتبر [بنفسه][6] لا بغيره، فلم تجب [في ديته][7] الحوامل؛ أصله: قتل الخطأ.

وقولنا: «يعتبر بنفسه»؛ احترازا مِن قَتلِ الأب لابنه، كشبه العمد عندنا.

ولأنَّ كل ما لا يؤخذ في الزكاة فلا يؤخذ في الدية؛ أصله: الثنية.

---

(1) قال الجوهري: والخلِف بكسر اللام [ككَتِفٍ]: المخاض، وهي الحوامل مِن النوق، الواحدة بهاء. [الصحاح (4/ 1355)، وتاج العروس للزبيدي (23/ 244)].

(2) رواه البيهقي في الكبرى (16155)، من طريق إسحاق بن يحيى بن الوليد بن عبادة، عن عبادة به، ولفظه: «قضى في الدية الكبرى المغلظة بثلاثين ابنة لبون، وثلاثين حقة، وأربعين خلفة، وقضى في الدية الصغرى بثلاثين بنت لبون، وثلاثين حقة، وعشرين بنت مخاض، وعشرين بني مخاض ذكور»، وقال: «إسحاق بن يحيى لم يدرك عبادة بن الصامت، فهو مرسل»، وقال قبله: «حديث منقطع».

(3) في (ع): (العين)، والمثبت من «الإشراف» للمصنف (4/ 109).

(4) تقدم تخريجه (ص: 221).

(5) زيادة من «الإشراف».

(6) زيادة من «الإشراف».

(7) في (ع): (فيه دية)، والمثبت من «الإشراف».

فأمَّا الخبر؛ فلا تعلق فيه، لأنَّا نُوجب ذلك [في][1] الدية العظمى، [و][2]هي المغلظة، والله أعلم.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ودية الخطأ مُخمَّسةٌ: عشرون مِن كلِّ ما ذكرنا، وعشرون بنو لَبون ذكور).

قال القاضي -رضي الله عنه-:

هذا قولنا، وقول الشافعي[3].

ورواه مالك في «الموطأ» عن سليمان بن يسار وربيعة وابن شهاب[4].

وقال أبو حنيفة: إنَّها أخماس -على ما قُلنا-، إلا أنَّه جعل أحد الأخماس بني مَخاض، وأسقط بني لَبون[5].

ورُوي في ذلك عن الصحابة روايتان، ذكرها أهل الخلاف عن علي -رضي الله عنه-: أنَّها أرباع مثل دية العمد[6].

وعن زيد بن ثابت: «ثلاثون حِقَّة، وثلاثون جَذعة، وعشرون بنت

(1) في (ع): (و)، والمثبت أليق بالسياق.

(2) زيادة يقتضيها السياق.

(3) ينظر: المدونة (4/ 559)، والنوادر والزيادات (13/ 472)، والأم (7/ 278).

(4) ينظر: الموطأ (3151).

(5) ينظر: شرح مختصر الطحاوي للجصاص(5/ 403-404).

(6) مصنف ابن أبي شيبة (27287).

مَخاض، وعشرون بنت لَبون»[1].

واستدل أصحاب أبي حنيفة:

بقوله ﷺ؛ قال: «في دية الخطأ: عشرون بنو مخاض»[2]؛ وهذا نصٌّ.

قالوا: ولأنَّ أحد السِّنَّيْنِ لَمَّا أُقيم مقام الآخر في الزكاة لم يجز الجمع بينهما في الدية؛ أصله: البعير، لَمَّا أُقيم مقامه [و/459] الشاة في خمسين مِن الإبل.

ولأنَّ الذكر والأنثى مِن سن واحد لا تثبت في الدية إذا كان قبلهما غيرهما؛ أصله: الجذع، ولا يدخل عليه بنات مخاض؛ لأنَّه ليس قبلها غيرها.

ودليلنا:

ما رَوى سليمان بن يسار: «أنَّ النبي ﷺ أوجب في دية الخطأ أخماسًا»؛ فذكر عشرين بني لبون[3].

فإن عارضوا بخبرهم؛ فعنه أجوبة:

---

(1) مصنف ابن أبي شيبة (26753)(27290).

(2) رواه أبو داود (4545) والترمذي (1386) والنسائي(4802) وابن ماجه (2631)، من حديث ابن مسعود، وقال الترمذي: «حديث ابن مسعود لا نعرفه مرفوعا إلا من هذا الوجه، وقد روي عن عبد الله موقوفا»، وقال الدارقطني في سننه (3364): «هذا حديث ضعيف غير ثابت عند أهل المعرفة بالحديث، من وجوه عدة».

(3) لم أجده مرفوعا فيما بين يدي من مراجع، وقال ابن عبد البر في التمهيد (17/ 351): «روي عن سليمان بن يسار، وليس فيه عن صاحبٍ شيء، ولكنه عليه أهل المدينة»، وينظر طرق خبر سليمان ابن يسار في الخلافيات للبيهقي (7/ 10-11).

أحدها: أنَّه قد رُوي مِن طريق ابن مسعود مثل خبرنا[1]؛ والاختلاف في الراوي يوجب ضعف الحديث.

والثاني: أنَّ راوي خبرهم [خِشْف][2] بن مالك؛ وأهل النقل يزعمون أنَّه مجهول لا يُعرف، ذكر ذلك ابن المنذر وغيره[3].

ولأنَّ خبرنا يفيد زيادة سِنٍّ، والأخذ بأزيد الخبرين أولى.

ولأنَّه شيءٌ لا يوجَب في الزكاة أصلا؛ فلم يجب في الدية، كالثنايا فما فوقها.

ولا يدخل عليه الحوامل؛ لأنَّها قد تجب أسنانها في الزكاة، مثل: الحقاق والجذاع، والحمل زيادة سِن.

ولأنَّه أنقص مِن بنات المخاض، فلم يجز أخذه في الدية؛ كالفصلان.

وقد عُبِّر عنه بأنَّه أنقصُ ممَّا استفتح به فريضة الإبل مِن خمسة؛ كالفصيل.

وأمَّا الخبر الأوَّل فإنَّه مُجمل قد فسَّره خبرنا.

وخبر ابن مسعود قد أجبنا عنه.

وقولهم: «إنَّ أحد السِّنين لمَّا أقيم مقام الآخر لم يجمع بينهما في الزكاة»؛ مغالطة، لأنَّه أقيم مقامه في الزكاة على وجه البدل.

---

(1) رواه الدارقطني في سننه (3362)، من طريق أبي عبيدة عن ابن مسعود به موقوفا عليه، ولفظه: «دية الخطأ خمسة أخماس: عشرون حقَّة، وعشرون جذعة، وعشرون بنات مخاض، وعشرون بنات لبون، وعشرون بنو لبون ذكور»، قال الدارقطني: « وهذا إسناد حسن، ورواته ثقات».

(2) في (ع): (خشيب)، والمثبت من كتب التراجم.

(3) ينظر: الأوسط (13/ 158)، وسنن الدارقطني (4/ 226).

وفي مسألتنا كلُّ واحد يُستحق كاستحقاق الآخر؛ فطريقة الجمع مختلفة، لأنَّا لو جمعناهما في الزكاة على وجه البدل لجمعنا بين البدل والمُبدل، [و][1] في الدية بخلاف ذلك.

وقولهم: «إنَّ الذكر والأنثى لا يثبت في الدية إذا كان قبله غيره، كالجذاع احترازًا مِن بنت مخاض»؛ فنعكسه بأن نقول: إذا لم يكن قبله غيره.

والله أعلم.

مسألة

قال -رحمه الله-:

([وإنَّما تغلَّظ الدية][2] في الأب يرمي ابنه بحديدة فيقتله فلا يُقتل به، ويكون عليه ثلاثون جَذَعَةً وثلاثون حِقَّة [وأربعون خَلِفة][3] في بطونها أولادها، فقيل: ذلك على عاقلته، وقيل: ذلك في ماله).

قال القاضي -رضي الله عنه-:

اعلم أنَّ هذا الفصل مشتملٌ على أربعة مسائل:

أولها: الكلام في إثبات [عمد][4] خطأ أو نفيه.

والثاني: أنَّ القَوَد يجري للابن على أبيه.

---

(1) زيادة يقتضيها السياق.

(2) زيادة من متن «الرسالة».

(3) زيادة من متن «الرسالة».

(4) في (ع): (نوع)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

والثالثة: في صفة دية التغليظ.

والرابع: في بيان مَن تَجِب عليه.

فأما الكلام في عمد الخطأ؛ ففيه عن مالك روايتان:

أحدهما: نفيه، وهو الظاهر.

والأخرى: إثباته[1].

وصورته: أنْ يقصد الإنسان ضرب غيره بما لا يقتل مثله غالبًا؛ كالعصا والسوط الصغير وما أشبه ذلك، فحدث منه قتلٌ:

فهذا قد أَخَذ شبهًا مِن العمد؛ لوجوده القصد إلى القتل.

وشبهًا مِن الخطأ؛ لكون الآلة لا يقتل مثلها غالبًا.

وله عبارات؛ يقال: «عمد خطأ»، ويقال: «خطأ شبه العمد»، ويقال: «عمدٌ يشبه الخطأ»؛ ومعناهما واحد.

فوجه إثباته -وهو قول أبي حنيفة والشافعي-[2]:

قوله ﷺ: «ألا إنَّ في قتل عمد الخطأ؛ قتيل السوط والعصا مائة من الإبل، منها أربعون خَلِفَة في بطونها أولادها»[3]؛ ففيه أدلة:

---

(1) ينظر: المدونة (4/ 558)، والمقدمات الممهدات لابن رشد الجد (3/ 287).

(2) ينظر: شرح مختصر الطحاوي للجصاص (5/ 418-427)، والأم (7/ 275-276).

(3) رواه أبو داود (4547)، والنسائي (4791-4800)، وابن ماجه (2627)، من حديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما، وفي سنده اختلاف، وقال الزيلعي في نصب الراية (4/ 331): «قال ابن القطان في كتابه: هو حديث صحيح من رواية عبد الله بن عمرو بن العاص، ولا يضره الاختلاف الذي وقع فيه».

أحدها: أنَّه أثبتَ عمد خطأ.

والثاني: أنَّه جعل فيه الدية، ولم يوجب القَوَد.

والثالث: أنَّه جعل فيه الدية مغلظة؛ فخرج بذلك عن أن يكون عمدًا محضًا أو خطأً محضًا.

ولأنَّه إجماع الصحابة؛ لأنَّه مرويٌّ عن عمر وعثمان وعلي وابن مسعود وزيد بن ثابت[1]؛ ولا مخالف لهم.

ولأنَّه إذا تعمَّد ضربه بما لا يَقتل مثله غالبًا فمات؛ فقد أخذ هذا الفعل شبهًا مِن العمد لوجود القصد في أحد طرفيه، وشبهًا مِن الخطأ لعدم تعمُّد القتل؛ فلم يجز إلحاقه بأحدهما، ولزم أنْ يكون له حكم العمد وحكم الخطأ؛ كالمكاتَب لمَّا أخذ شبهًا مِن الأحرار وشبهًا من العبيد؛ كان له حكمٌ بين حكمهما.[و/460]

ووجه نفيه:

أنَّ الله تعالى نوَّع القتل نوعين: عمدًا وخطأً، ولم يذكر نوعًا ثالثًا.

ولأنَّ العمد اسمًا[2] لمعنًى مفعولٍ، وهو لمَا تعمده فاعله وقصده، والخطأ اسمًا لمعنًى مفعولٍ، وهو ما يقع عن غير قصد، ولا يجوز أنْ يوصف الفعل لواحد بالصفتين جميعًا، لأنَّ ذلك يوجب وقوعه على وجهين متضادين؛ وذلك باطل.

فإن قالوا: هذا صفة العمد المحض والخطأ المحض؛ فأمَّا في مسألتنا فهو

---

(1) ينظر: الأوسط (13/ 152-155).

(2) كذا في (ع).

عمد مِن وجه خطأٌ مِن وجه.

قلنا: هذا اعتراض علينا بمسألة الخلاف بعينها؛ فلا يلزم قبوله، بل يجب قصوره بمسألة؛ لينظر كيف يخرج الحكم فيها.

فإن قالوا: صورتها: أنْ يتعمد الضربة بعصا صغيرة لا يقتل مثلها غالبا.

قلنا: هذا عندنا عمدٌ بوجوده قصده القتل، وليس كون الآلة لا يقتل مثلها غالبًا لَيخرج لقصد القتل بها عن أنْ يكون عمدًا، ولا مُوجب لكونه كالخطأ؛ لأَنَّه ليس مِن صفات الخطأ ألَّا يقارنه قصْد على وجه.

ولأنَّ صفات العمد أنْ تكون الآلة ممَّا يقتل غالبًا، وإنْ كان إنَّما قصد ضربه ولم يقصد قتله، والآلة لا تقتل غالبًا؛ فهذا خطأٌ محض لأنَّه لم يقارنه قصدٌ للقتل.

وليس يُخرجه عن أنْ يكون خطأ وجود القصد للضرب؛ لما بيَّناه أنَّ الخطأ ليس يجب ألا [يتعلق بهذا][1] على وجه، بل مِن وصفه ألا يقصد، والوجه الذي يُثبت أنَّه خطأ هو[2] الذي يتعلق به الحكم؛ وهذا جوابٌ عن [استدلالهم][3].

فأمَّا الخبر؛ فضعَّفه أصحابنا مِن جهة ابن جُدعان[4].

---

(1) في (ع): (بتعلق فهذا)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) في (ع): (وهو)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(3) في (ع): (استلالهم)، والمثبت أليق بالسياق.

(4) تقدم تخريجه قريبا (ص: 240) من حديث عبد الله بن عمرو، ونقل تصحيح ابن القطان، وأما حديث ابن جدعان، فقال الزيلعي في نصب الراية (4/ 331): «أخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجه عن علي بن زيد بن جدعان عن القاسم بن ربيعة عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ خطب يوم =

وأنَّ القاسم لم يلقَ أبا أمامة[1].

وعلى أنَّا نُثبت عمد الخطأ إذا كان بشبهة[2] في الفاعل والفعل؛ مثل[3] الأب يَقتل ابنه على وجه الشبهة، على ما سنذكره إن شاء الله.

فصل:

فأمَّا الفصل الثاني: وهو أنَّ الأب إذا تعمَّد قَتْل ابنه على وجه [تنتفي][4] معه [الشبهة][5] فإنَّه يُقتل به؛ فهذا قول مالك وأصحابنا، إلا أشهب فإنَّه قال: «لا يُقتل به»، وهو قول أبي حنيفة والشافعي[6].

قالوا: لِما رُوي عن النبي ﷺ أنَّه قال: «لا يقتل والد بولده»[7].

الفتح بمكة، فكبر ثلاثا، ثم قال: «لا إله إلا الله وحده، صدق وعده، ونصر عبده، وهزم الأحزاب وحده، ألا إن كل مأثرة كانت في الجاهلية من دم أو مال تحت قدمي، إلا ما كان من سقاية الحاج، وسدانة البيت»، ثم قال: «ألا إن دية الخطإ شبه العمد، ما كان بالسوط والعصا، مائة من الإبل: منها أربعون في بطونها أولادها»، ورواه أحمد، والشافعي، وإسحاق بن راهويه في مسانيدهم، ورواه ابن أبي شيبة، وعبد الرزاق في مصنفيهما، ومن طريق عبد الرزاق رواه الطبراني في معجمه، والدارقطني في سننه، قال ابن القطان في كتابه: وهو حديث لا يصح لضعف علي بن زيد».

(1) كذا في (خ) و(ع)، والحديث كما تقدم في التخريج من رواية القاسم عن ابن عمر.

(2) في (ع): (لشبهة).

(3) في (ع): (بمثل).

(4) في (خ) و(ع) ما صورته (تبتغي)، والمثبت أليق بالسياق.

(5) في (خ): (اللهو)، والمثبت من (ع) أليق بالسياق.

(6) ينظر: المدونة (4/ 559-560)، وعقد الجواهر لابن شاس (3/ 1096)، وشرح مختصر الطحاوي للجصاص (5/ 377-379)، والأم (7/ 62).

(7) رواه الترمذي (1399)(1400) (1401) وابن ماجه (2661) (2662)، وينظر تخريجه في نصب الراية للزيلعي (4/ 339)، وقال ابن عبد البر في التمهيد (23/ 437): «هو حديث مشهور =

ولأنَّ كلَّ شخصٍ لا يُقتل بشخص إذا حذفه؛ فكذلك لا يُقتل به إذا ذبحه؛ أصله: المسلم بالكافر.

ولأنَّ قتل الأب لابنه يمنع جَريَ القصاص له عليه؛ أصله: إذا قتله حذفًا.

ولأنَّ سقوط القَوَد عنه بالحذف لا يخلو:

أنْ تكون الشبهة في الفعل.

أو في الفاعل.

[فلمَّا لم يجز أنْ يكون لشبهة في الفعل][1] لإيجاب ذلك تَساوي مَن وقع منه [ذلك][2] للأب في سقوط القود لاستوائهما في الفعل المسقط له؛ ثبت أنَّها في الفاعل فيجب ألا يختلف حكم فعله باختلاف [صفة][3] وقوعه.

ودليلنا:

قوله تعالى: ﴿ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ﴾ [المائدة: 45].

وقوله: «العمد قَوَدٌ كلُّه»[4].

ولأنَّهما شخصان متساويان في الحرمة والدين، فكان القصاص جاريا بينهما؛ كالأجنبيين.

عند أهل العلم بالحجاز والعراق، مستفيض عندهم، يستغنى بشهرته وقبوله والعمل به عن الإسناد فيه، حتى يكاد أن يكون الإسناد في مثله لشهرته تكلفا».

(1) زيادة من (ع).

(2) زيادة من (ع).

(3) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(4) تقدم تخريجه (ص: 169).

ولأنَّه بالغٌ عاقلٌ تعمَّدَ قَتل حرٍّ مسلم غير مستحق الدم ظلما بغير حقٍّ، فكان القَوَد مستحقا عليه؛ أصله: الابن إذا قتل الأب.

ولأنَّ دم الابن مكافئٌ لدم الأب، بدليل قوله ﷺ: «المؤمنون تتكافأ دماؤهم»[1]؛ وكل شخصين تتكافأ دماؤهما فالقصاص جارٍ بينهما؛ كالأجانب.

ولأنَّ القصاص حقٌّ مِن حقوق الآدميين؛ فجاز أنْ يثبت للابن على الأب؛ كسائر الحقوق والديون وغيرها.

[**وإذا ثبت**][2] **هذا**؛ فالخبر معناه: إذا قتله على وجه يشتبه الأمر فيه أنَّه لم يتعمَّد قتله؛ بدلالة أنَّ عمر -[رضي الله عنه]- راوي الحديث[3]، ورُوي: أنَّه أراد قَتل الذي رُفع إليه؛ وقد قَتل ابنه[4].

و[قد قيل: إنه][5] في بعض طرقه: أنَّه همَّ بقتله حتى قيل له: إنَّه لم يُرد قتله، وإنَّه كان مِن أعزِّ الناس عليه[6].

---

(1) رواه أبو داود (4530) والنسائي (4734)، من حديث علي بن أبي طالب رضي الله عنه، وقال ابن عبد الهادي في تنقيح التحقيق (4/ 460): «إسناده صحيح»، وقال ابن الملقن في البدر المنير (9/ 158): «هذا الحديث صحيح».

(2) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(3) قوله ﷺ: «لا يقتل والد بولده».

(4) ينظر: مسند أحمد (346).

(5) زيادة من (ع).

(6) ينظر: مصنف عبد الرزاق (17779).

وذلك بحضرة الصحابة، فلم ينقل عن أحد أنَّه أنكر عليه، ولا قال له: ليس لك أنْ تَقتل أبًا بابنٍ، [فأنتَ][1] الراوي عن النَّبي ﷺ: «أنَّه لا يُقتل والدٌ بولده»؛ فدلَّ ذلك على أنَّ معنى الخبر [و/ 461] عند جميعهم ما قلناه.

وقياسهم الأول مدخولٌ مِن وجوه:

أحدها: أنَّ الوصف غير مسلَّم على الإطلاق، لأنَّه لو قتله حذفًا وقال: «تعمدت قتله»؛ لأقدناه به.

والثاني: أنَّ انتفاء القَوَد بوقوع الفعل على وجه لا ينفي وجوبه على غيره؛ لأنَّ وجوب القَوَد بين الأشخاص ليس بمعنى يرجع إلى صفات القتل.

والثالث: أنَّ اعتبارهم بالكافر لا يصح؛ لأنَّ امتناع جري القصاص على المسلم ليس بمعنى يرجع إلى صفات الفعل للاتفاق؛ وإنَّما هو بمعنى يرجع إلى تكافؤ الدماء، بدليل أنَّا لو فرضنا القتل على أي صفة كانت لم يتعلق به على المسلم قصاص.

كذلك الجواب عن قياسهم على الحذف: هو أنَّ الإقرار بالعمد لو قارنه لأوجبنا القَوَد به، فالوصف على الإطلاق غير مسلم.

وأمَّا الشبهة: ففي الفاعل وفعله:

فالفاعل: بانبساطه على ولده، [وقوة][2] شبهته في تسلطه عليه.

والفعل: وقوعه على وجه لا ينفي دعواه والله أعلم به.

---

(1) في (خ): (فأثبت)، والمثبت من (ع).

(2) في (خ): (وهو)، والمثبت من (ع).

فصل:

فأمَّا الفصل الثالث: وهو صفة الدية الواجبة على الأب؛ [فهل هو][1] في القتل الحذف أو[2] غيره مما إذا قال: «أردت به أدبه ولم أرد قتله، وأصابه[3] مِن ذلك ما لم أرده»؛ فيقبل منه إذا كان صفة القتل ممَّا يمكن صدقه فيها.

فأمَّا إذا كانت على وجه يُكذِّبه العُرف؛ فإنَّه يُقتل به، ولا تنفعه دعواه، مثل: أنْ يُضجعه ليذبحه أو يَشقَّ جوفه ويخرج حشوته؛ هذا لا يجوز أنْ يُدَّعى فيه تأويل أدبه ولا غيره.

فأمَّا الوجه الأول: فتجب به الدية مغلظة، وهي على أهل الإبل: مائة مِن الإبل؛ أربعون خَلِفَة في بطونها أولادها، وثلاثون حقة، وثلاثون جذعة، وذلك للحديث المروي فيه[4].

والخلاف فيه مع أبي حنيفة؛ لأنَّ الدية لا تغلظ عنده في وجه في شبهة العمد لا فيما ينفيه ولا فيما يثبته.

فدليلنا:

الخبر الذي قدمناه في المغلظة، وهو حديث عمر: «أنَّه أخذ الدية مِن الإبل في قصة [المُدلجي][5] الذي حذف ابنه مغلظة؛ ثلاثين حقة، وثلاثين جذعة،

---

(1) في (خ): (فهو)، والمثبت من (ع).

(2) في (ع): (و).

(3) في (ع): (فأصابه).

(4) تقدم تخريجه (ص: 240).

(5) في (ع): (المُدلج)، والمثبت من مصادر التخريج.

وأربعون خَلِفة، ودفعها إلى أخ المقتول»[1].

واحتج الجرجاني[2] بأنْ قال: «لأنَّه بدلٌ عن النفس، [والأسنان][3] متساوية فيه؛ كدية الخطأ».

والجواب: أنَّه لمَّا لم تُغلَّظ في الخطأ بالسنِّ لم تغلظ بالصفة، وفي مسألتنا غلظ بالسن فغلظ بالصفة.

قالوا: لأنَّه بدلٌ عن النفس؛ فلم تستحق فيه الحوامل، كدية الخطأ.

والجواب: أنَّ سبب هذا آكد مِن سبب الخطأ فجاز أنْ يزيد عليه، ألا ترى أنَّه قد زِيد عليه في السن.

قالوا: ولأنَّ الحَمل لمَّا لم نعتبره في بعض الدية؛ فكذلك في بقيتها لأنَّه من أجزاء الدية.

قالوا: ولأنَّه ضمانٌ عن متلفٍ؛ فإذا لم يعتبر الحمل في بعضه لم يعتبر في بقيته.

وهذا يحتمل وجهين:

أحدهما: أنْ يريد به الواجب في الجراح الذي هو شبهة العمد، فإن أراد هذا؛ فالتغليظ يجب عندنا في دية الجراح وفي قطع الأعضاء، كوجوبه في دية القتل.

---

(1) ينظر: مصنف عبد الرزاق (17780).

(2) الجرجاني: محمد بن يحيى، من فقهاء الحنفية بالعراق، تفقه بأبي بكر الرازي، وعنه أبو الحسين أحمد بن محمد القدوري، توفي سنة 398هـ. ينظر: طبقات الفقهاء للشيرازي (ص: 145)، الجواهر المضية في طبقات الحنفية لعبد القادر الحنفي (2/ 143).

(3) في (ع): (الأسباب)، والمثبت من التجريد للقدوري (11/ 5696).

والآخر: أنْ يريد أنَّه لمَّا لم يجب في جميع الدية حوامل لم يجبْ في بعضها؛ وهذا ظاهر الفساد، لأنَّه يوجب أنْ تكون الدية جنسًا واحدًا في السن والصفة، وذلك خلاف الأصول.

ويلزم على هذا أنْ يُقال: لمَّا لم يلزم في الخطأ أنْ يوجد في جميعه بنو مخاض؛ فكذلك في بعضه، لا خفاء بذلك.

قالوا: ولأنَّ كلَّ موضع استحق فيه الحيوان فلا يستحق فيه الحَمْل؛ دليله: الكفارة والأضاحي.

وهذا أيضًا حشوٌ لا فائدة تحته، لأنَّ في الكفارة حيوانٌ واحدٌ فليس تنقسم الصفة والسنُّ عليه، والواجب في الديات عدة حيوانٍ فتُقسم السِّنُّ عليه والصفة.

[و][1] لسنا نزعم [و/462] أنَّ الصفة مستغرقة للحيوان الواجب في الدية؛ فبطل ما قالوه.

ونقلب عليه؛ فيُقال: كلُّ موضع استُحق فيه حيوان فلا يُستَحق فيه بنو مخاض ذكور مع بنات مخاض.

قال: ولأنَّ الحمل مع الأم في حكم شخصين؛ وهذا يؤدي إلى زيادة في الدية.

يُقال له: لِمَ قلتَ؟! وما أنكرت أنْ تكون زيادة مِن طريق الحكم، كزيادة السن.

(1) زيادة يقتضيها السياق.

فصل:

إذا ثبت أنَّ الدية في التغليظ ما ذكرناه؛ فلا خلاف مِن قولنا: أنَّها تغلظ على أهل الإبل، فإذا وجبت على أهل الذهب والوَرِق؛ ففيها روايتان:

إحداهما: أنَّها تُغلَّظ.

والأخرى: أنَّها لا تُغلَّظ[1].

فإذا قلنا: إنَّها تُغلَّظ؛ فوجهه: أنَّه نوعٌ يؤخذ في الدية فجاز أنْ يَلحَقه التغليظ؛ أصله: الإبل.

ولأنَّه نوعٌ مِن القتل، فوجب أنْ تلزم ديةٌ أهلَ الذهب والوَرِق بصفتها في الإبل؛ أصله: دية الخطأ والعمد.

ولأنَّ التغليظ معنى يُستحَق بنفس القتل، فلم يختلف حكم إبداله في ذلك؛ أصله: الكفارة.

وإذا قلنا: لا تُغلَّظ؛ فوجهه: أنَّ التغليظ ابتداءً إثبات دية، ولا تثبت إلا بسمعٍ، والسمعُ ورد بذلك في الإبل؛ فوجب قصرُه عليها.

ولأنَّ الصحابة قوَّمت دية الخطأ والعمد على أهل الذهب ألف دينار، وعلى أهل الوَرِق اثنا عشر ألف درهم، ولم تقوِّم دية التغليظ؛ فدلَّ على أنَّ ذلك لا يتعلق بالذهب والوَرِق؛ لأنَّ معنى التغليظ لا يصح في الذهب والوَرِق، لأنَّه في الإبل بالحَمل وتغيُّر السِّنِّ؛ وذلك يَخُصُّها.

ولأنَّ اختلاف الديات في الإبل لا يوجب اعتبار الذهب والوَرِق بها؛

---

(1) ينظر: التفريع (2/ 195).

أصله: ما بين دية العمد والخطأ، والله أعلم.

فصل:

فإذا قلنا: «إنَّها لا تُغلَّظ»؛ فلا تفريع.

وإذا قلنا: «إنَّها تُغلَّظ»؛ فالتفريع عليه من طريقين:

أحدهما: بيانُ ما تُغلَّظ فيه.

والآخر: كيفية التغليظ.

فأمَّا القتل: فهو أصل المسألة، وهو الذي يقع التغليظ في ديته، وأمَّا سائر الجراح ممَّا دون القتل، كقطع الأعضاء وغيرها؛ فإنَّه يُغلَّظ ما يجب فيه[1] بقسطها مِن الدية.

وصفة التغليظ: أنْ ينظر [كم][2] الواجب في ذلك مِن الدية؛ فإنْ كان نصفها أو ثلثها أو عشرها فيدفع إليه ذلك على صفة التغليظ في الأصل، مثل: أنْ يقطع أصبعه ففيها عشر الدية، فيدفع إليه ثلاث حِقاق وثلاث جذاع وأربع خوالف.

فأمَّا إنْ[3] كان الجراح ممَّا لا قَوَد في عَمدِه المحض؛ فلا تغليظ في ديته، نصَّ عليه عبد الملك، وذلك لأنَّ التغليظ في الدية إنَّما أخذ عوضا[4] عن سقوط القَود عن واجب؛ فلا وجه للتغليظ.

---

(1) في (ع): (فيها).

(2) في (خ): (عن)، والمثبت من (ع).

(3) في (ع): (إذا).

(4) في (ع): (عوض).

[فصل][1]:

فأمَّا كيفية التغليظ[2] **على أهل الذهب والوَرِق**؛ ففيها روايتان:

إحداهما: أنَّه تُقوَّم دية المغلظة[3] مِن الإبل، ثم يُلزم أهل الذهب والوَرِق قيمتها -بالغة ما بلغت- ما لم ينقص عن ألف دينار واثني[4] عشر ألف درهم.

والأخرى: أنَّه ينظر قدر التفاوت بين[5] قيمة دية الخطأ والتغليظ فيجعل جزءًا مِن الدية، ويزاد على الألف[6].

فوجه الأولى: هو أنَّ التغليظ في الذهب: نقلُ دية إلى دية، فوجب أنْ تكون بقيمة المنقولة؛ أصله: دية الخطأ .

ولأنَّه لمَّا وجب في الذهب مثل التغليظ في الإبل وتعذَّر المِثل مِن جهة[7] الخِلقة والصورة؛ وجب انتقاله إلى القيمة.

ووجه الثانية: هو أنَّ الألف دينار لمَّا عَدَلت المائة مِن الإبل في الخطأ؛ وجب أنْ يكون القدر الزائد على دية الخطأ هو الزائد عليها في الذهب.

---

(1) خرم في (خ)، والمثبت من (ع).

(2) في (ع): (فأما كيفيته).

(3) في (ع): (التغليظ).

(4) في (ع): (واثنا).

(5) في (ع): (من).

(6) ينظر: التفريع لابن الجلاب (2/ 195).

(7) في (ع): (حيث).

فصل:

فأمَّا الكلام في دية التغليظ على مَن تجب؛ فقد اختُلف فيه:

فقال ابن القاسم: تكون في مال الأب حالَّة.

وقال أشهب وعبد الملك: تحملها العاقلة حالَّة[1].

فوجه قول ابن القاسم [و/ 463]: ما رُوي: «لا تحمل العاقلة عمدا»[2].

ولأنَّ التغليظ لا يكون إلا في عمدٍ قارنته شبهة أسقطت القَوَد فيه؛ فوجب أنْ يُفارق العمدَ في هذا الحكم خاصة.

ولأنَّها وجبت في غير خطأ؛ فلم تحملها العاقلة، أصله: العمد المحض.

ووجه قول أشهب وعبد الملك: فلأنَّها دية عن قتلٍ لا قَوَد فيه؛ فوجب أنْ تحمله[3] العاقلة؛ أصله: دية الخطأ.

فصل:

فإذا قلنا: إنَّها على القاتل حالَّة؛ فلأنَّ كلَّ دية لزمت الجاني في ماله فإنَّها حالَّة؛ أصله: دية العمد المحض.

ولأنَّ أصلَ لزوم البدل للجاني.

---

(1) ينظر: النوادر والزيادات (13/ 478).

(2) قال ابن الملقن في البدر المنير (8/ 475): «هذا الحديث غريب بهذا اللفظ، ... ونقل ابن الصباغ أن الخبر لم يثبت متصلا، وإنما هو موقوف على ابن العباس»، وقال البيهقي في الكبرى (16359): «المحفوظ عن عامر الشعبي قوله»، وقال (16360): «هذا القول لا يصح عن عمر رضي الله عنه، وإنما يصح عن الشعبي، والرواية فيه عن ابن عباس على ما حكى محمد بن الحسن».

(3) في (ع): (تحملها).

وإنَّما تحملها[1] العاقلة في الخطأ تخفيفا عنه ومواساة له، وذلك معنى يقتضي التخفيف عنها بالتأجيل؛ فإذا لزمته في ماله زال معنى التخفيف عنه ولزمته حالَّة.

ولأنَّه[2] بدل عن النفس يُستوفى مِن الجاني، فوجب أنْ يكون حالًّا غير مؤجَّلٍ؛ أصله: القَوَد.

وإذا قلنا: إنَّها على العاقلة حالَّة؛ فلأنَّها لمَّا تَغلَّظت بزيادة السن والصفة تَغلَّظت أيضًا.

ولأنَّ سببها أغلظ مِن الخطأ؛ لأنَّه مِن النوع الذي يجب به[3] القَوَد، ولذلك تغلظت الدية الواجبة فيه بخلاف الخطأ؛ فجاز أنْ تتغلظ بوقت[4] الاستحقاق.

وبالله التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ودِيَةُ المرأة على النِّصف مِن دِيَةِ الرَّجل).

قال القاضي -رحمه الله-:

وهذا لقوله ﷺ في حديث عمرو بن حزم: «ودية المرأة نصف دية الرجل»[5].

---

(1) في (ع): (تحمله).

(2) في (ع): (ولأنها).

(3) في (ع): (فيه).

(4) في (ع): (تغلظ بوجه).

(5) قال ابن حجر في التلخيص الحبير (5/ 2636): «هذه الجملة ليست في حديث عمرو بن حزم =

ولأنَّ الحقوق تنقسم إلى حقوق أبدان وأموال:

فحقوق الأبدان يتساوى فيه الرجل والمرأة؛ مثل الجَلد والقصاص وحدِّ القذف وغير ذلك.

وحقوق الأموال يتساويان في قليلها، ولا يتساويان في كثيرها، وذلك كتساوي ولد الأم في الثلث، وكتساوي الأنثى والذكر في دية الجنين، [وفيما كثر][1]؛ [فالأنثى][2] فيه على النصف مِن الذكر؛ كمقاسمة الولد والإخوة؛ كذلك في مقدار الدية.

ولا خلاف في هذا بين أهل العلم؛ إلا ما يُحكى عن الأصمِّ، ولا اعتبار به؛ لأنَّه خَرق الإجماع[3][4].

ولا يجوز أن يُقاس على القَوَد بأن يُقال: لأنَّها بدل عن[5] النفس؛ فوجب أنْ يتساويا فيها كالقَوَد؛ لأنَّ القَوَد مِن حقوق الأبدان، لا يجوز عليه تبعيضٌ ولا انقسامٌ، والدية مِن حقوق الأموال؛ فجاز عليها التجزؤ والانقسام.

والله أعلم.

الطويل، وإنما أخرجها البيهقي من حديث معاذ بن جبل، وقال: إسناده لا يثبت مثله».

(1) زيادة من (ع).

(2) في (خ): (والأنثى)، والمثبت من (ع).

(3) ينظر: الحاوي الكبير (12/ 289).

(4) نقله عن المصنف صالح الهسكوري في شرح الرسالة [94/ أ].

(5) في (ع): (على).

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله -:

(وكذلك دية الكِتَابِيِّين، ونساؤهم على النِّصف مِن ذلك).

قال القاضي -رحمه الله-:

[وهذا كما][1] قال: **(دية الكتابي نصف دية المسلم)**، وهو قول عمر بن عبد العزيز، ذكره [مالك][2] [في «الموطأ»][3][4].

وقال أبو حنيفة: «مثل دية المسلم»[5].

وقال الشافعي: «ثلث دية المسلم»[6].

واستدل أصحاب أبي حنيفة:

بقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍۭ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَٰقٌ فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦ﴾[النساء:92]؛ وإطلاق «الدية» يفيد الكاملة.

وقوله ﷺ: «في النفس مائة مِن الإبل»[7]؛ فعمَّ.

وروَى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النَّبي ﷺ [أنَّه][8] قال: «دية

---

(1) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(2) زيادة من (ع).

(3) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(4) ذكره بلاغا، ينظر الموطأ (3214).

(5) ينظر: شرح مختصر الطحاوي للجصاص (6/ 5).

(6) ينظر: الأم (5/ 710) و(7/ 259).

(7) تقدم تخريجه (ص: 221).

(8) زيادة من (ع).

اليهودي والنصراني مِثل دية المسلم»[1].

وروى عمرو بن أمية الضَّمري: «أنَّه قَتَل رجلين مِن المشركين لهما أمان فوَدَاهُما رسولُ الله ﷺ دية الحُرَّيْنِ المُسلمَيْن»[2]؛ فكان ذلك بيانا لقوله تعالى: ﴿فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهۡلِهِۦ﴾ [النساء:92].

ولأنَّه [حرٌّ][3] ذَكرٌ محقونُ الدم؛ فكانت ديته مائة مِن الإبل؛ كالمسلم.

ولأنَّ نقص الكفر عن الإسلام إنما هو مِن طريق الفسق، وذلك لا يؤثر في الديات؛ كالفاسق المسلم.

قالوا: ولأنَّ ضمان النفس يكون بوجهين: بالقيمة، وبالدية؛ ثم [إنَّه][4] قد ثبت أنَّ العبد الكافر يساوي العبد المسلم في القيمة، كذلك الحر الكافر يساوي المسلم في الدية.

ودليلنا:

ما رَوى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنَّ النبي ﷺ قال: «دية اليهودي والنصراني [و/ 464] نصف دية المسلم»[5].

---

(1) رواه البيهقي في الخلافيات (7/ 52) وغيره من طرق عن عمرو بن شعيب، وفيه: «نصف» بدل «مثل»، وروى (7/ 53) معنى حديث الباب من طرق ضعيفة جدا، وسيأتي قول المصنف (ص: 261): «لم تثبتْ ولا صَحَّتْ».

(2) رواه البيهقي في دلائل النبوة (3/ 338-341)، من طريق ابن اسحاق، به ، في سياق طويل، وفيه: «لقد قتلت قتيلين؛ لأدينهما»، وليس فيه: «دية الحُرَّين».

(3) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(4) زيادة من (ع).

(5) رواه أبو داود (4583) والترمذي (1413) والنسائي (4806) (4807) وابن ماجه (2644)، =

ولأنَّ الديات موضوعة على التفاضل في الحُرم؛ يدلُّ عليه: أنَّ النساء لمَّا انخفضت حرمتهن عن الرجال نقصت دياتهن عن ديات الرجال، وكذلك العبيد لما انخفضت حرمتهم عن حرمة الأحرار ضُمِّنوا بالقيمة دون الديات، وأُلحِقوا بالسلع، ولم يُضمَّنوا عند المخالف بكمال القيمة إذا بلغت قدر دية الحرِّ.

ووجدنا الكافر أخفض حرمة مِن حرمة المسلم للنقص الذي فيه المانعِ لقبول شهادته، ومِن موارثته، ومِن إنكاحه المسلمات، والإسهام له في الغنيمة، وغير ذلك؛ فوجب أنْ تنقص ديته عن دية الحرِّ المسلم[1].

ولأنَّ الدِّية أحدُ بَدَلِ النفس فلم يُساوِ[2] المسلم فيها المُستأمَن؛ كالقصاص.

وإذا ثبت أنَّ المستأمَن لا تساوي ديته دية المسلم؛ ثبت في الذمي، أو لأنَّ كلَّ شخصين لم يتساويا في القَوَد لم يتساويا في الدية؛ أصله: الحر، وعبدُ نفسِه.

ولأنَّ اختلاف الأحكام في شخص يُؤثِّر في الدية؛ كالمرأة: لمَّا لم يجز أنْ تكون حاكمًا ولا إماما، ولا ترث بالولاء، وترث على النصف مِن الذكر، ونقصت في الشهادة عن[3] الرجل، وغير ذلك؛ نَقُصت في الدية؛ والكافر

من طرق، كلهم عن عمرو بن شعيب به، بألفاظ مختلفة، وقال الترمذي: «حديث عبد الله بن عمرو في هذا الباب حديث حسن».

(1) في (ع): (المسلم الحر).

(2) في (ع): (يساوي).

(3) في (ع): (على).

ناقص عن المرأة، فكان بالنقص في الدية أولى.

فأما الآية؛ فقد قيل: إنَّها واردة في المؤمن، فإنَّ قوله: ﴿وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ﴾ معناه: في قوم، على أنَّ قوله: ﴿فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ﴾ [النساء:92] لا يفيد حُرمة المسلم، وإنَّما يفيد به ديةَ مثلِه، وَدَيته دية على الإطلاق، كما أنَّ دية المرأة دية، وكما أنَّ دية الجنين دية؛ لأنَّ كلَّ دية إذا أضيفت إلى مَن هي له تَعرَّفت، وإنْ أطلقت كانت مُجمَلة.

وقوله: «وفي النفس مائة مِن الإبل»؛ محمول على المسلم [بما ذكرناه][1].

وقوله: «دية الكافر مثل دية المسلم»، معناه في الوجوب، وأنَّ له دية، بخلاف العبد الذي فيه القيمة، بما[2] رويناه نصًّا، وحديثنا أولى لأنَّه مُفسِّر، وخبرهم مُجملٌ لِما قُصد التماثلُ فيه.

وحديث عمرو [بن أمية][3] الضَّمري؛ لا تعلُّق فيه، لأنَّ ذلك قتل عمد[4]، وقد يتحمَّل الإمام مِن عنده ما يُرضي به أولياء الدم، وذلك يختلف؛ فقد يكون مِثل الدية وأقل وأكثر؛ لأنَّه موكولٌ إلى التراضي، فلا تعلُّق فيه.

وقياسُهم: قد أجبنا عنه؛ بأنَّه ينتقض بالجنين، وليس هذا بنقص، ولكن المعنى في المسلم كمالُ حرمته على ما ذكرناه، والكافرُ ناقصٌ بالكفر.

---

(1) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(2) في (ع): (لما).

(3) زيادة من (ع).

(4) في (ع): (عمدا).

واعتبارهم بالفاسق المِلّيِّ[1]؛ باطلٌ، لأنَّ فِسقه ليس مِن طريق الكفر، [ألا][2] ترى أنَّ أحكام الإسلام جارية له، باقية عليه؛ مِن الوراثة، والمناكحة، والقصاص، وغير ذلك.

واعتبارهم ضمان الدية بضمان القيمة؛ لا يصحُّ، لأنَّ ضمان القيمة لم تُبنَ على تفاضل الحُرم، ألا ترى أنَّ الأنثى فيه متساوية للذكر، وضمان الدية على تفاضل الحُرم؛ بدليل نقصان الأنثى فيه عن الذكر، والله أعلم.

فصل:

فأمَّا الشافعي: فاستدل بما رواه عبادة بن الصامت أنَّ النبي ﷺ قال: «دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف»[3]؛ وهذا نصٌّ.

ودليلنا:

ما قدمناه مِن حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنَّ النبي ﷺ قال: «دية اليهودي والنصراني نصف دية المسلم»[4].

---

(1) في (ع): (المسلم).

(2) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(3) قال ابن الملقن في البدر المنير (8/ 443): «هذا الحديث لا أعلم مَن خرَّجه بعد البحث الشديد عنه»، وقال ابن حجر في التلخيص الحبير (5/ 2639): «لم أجده مِن حديث عبادة إلا فيما ذكره أبو إسحاق الإسفرائيني في كتاب «أدب الجدل» له، فإنَّه قال: رواه موسى بن عقبة، عن إسحاق بن يحيى بن عبادة، به»، وروى الدارقطني في سننه (3286) من طريق عمرو بن شعيب مرفوعا قال: «فرض على كل مسلم قتل رجلا من أهل الكتاب أربعة آلاف درهم»، قال الفاكهاني في التحرير والتحبير (5/ 456): «هذا مرسل كما ترى».

(4) تقدم تخريجه قريبا (ص: 257).

فإنْ قالوا: قد [روى][1] عمرو بن شعيب خبركم، ورَوى مِثل خبرنا، ورَوى: «[مثل][2] دية المسلم»؛ فتعارضت الروايات فسقطت، وبقي خبرنا.

قلنا: هذه دعوى باطلة؛ لأنَّ روايته مثل خبرنا هو المشهور، وروايته مثل خبركم لم تثبت، ولا صحَّتْ، ولا مَن يروم إبطال الأخبار ورَدِّها إلا وقد جعل طعنه عليها مِن جنس هذه الدعاوي.

ولأنَّ كلَّ نوعٍ نقصت ديته عن دية المسلم الذَّكَر إلى جزء منها، فإنَّ ذلك الجزء هو النصف؛ أصله: دية المرأة المسلمة.

ولا يدخل عليه دية الحرة الكتابية؛ لأنَّ النقص فيها ليس عن المسلم، وإنَّما هو عن دية الذكور منهم، ولا المجوسي لأنَّها [و/ 465] لم تنقص إلى حرٍّ.

وكذلك الجنين.

ولا العبد؛ لأنَّه نقص إلى قيمة لا إلى دية.

ولأنَّه جزءٌ تنقص الدية إليه؛ فلم يجز أنْ يكون دون النصف، اعتبارًا بالرُّبع.

و[لأنه][3] يجوز أنْ يقال في النصف: له تأثير في الشرع فيما ينقص إليه مِن الدية؛ كدية المرأة.

فأما الخبر[4]؛ فقد أجاب أصحابنا عنه: بأنَّه يحتمل أنْ يكون مِن الدراهم

---

(1) زيادة يقتضيها السياق.

(2) زيادة مما تقدم، وينظر الكلام على الحديث فيما سبق (ص: 257).

(3) في (ع): (لا)، والمثبت أليق بالسياق.

(4) حديث عبادة: أنَّ النبي ﷺ قال: «دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف».

التي كانوا يتعاملون بها، وهي السُّود المجزئة، وكان الدرهم منها قريبًا مِن المثقال؛ فالعدد بذلك الوزن أربعة آلاف؛ وزنها ستة آلاف.

وما يروونه: «ثلث دية المسلم»[1]؛ مِن عندهم، وهو غير محفوظ، ويجوز أنْ يكون بعض الرواة المتسامحين نقله على المعنى عنده، والله أعلم.

فصل:

وقوله: **(إنَّ ديات نسائهم على النصف مِن ديات رجالهم)**؛ فلأنَّ كلَّ جنس وجبت الدية بإتلافهم فإنَّ ديات إناثهم على النصف مِن ديات ذكورهم؛ اعتبارًا بالمسلمين.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(والمَجُوسِيُّ [دِيَتُهُ][2] ثمان مائة درهم، ونساؤهم على النصف مِن ذلك).

قال القاضي -رحمه الله-:

هذا قولنا، وقول الشافعي، وأكثر أهل العلم[3].

وقال أبو حنيفة: «ديتُه ديةُ المسلم»[4].

ودليلنا:

---

(1) قال ابن المنذر في الأوسط (13/ 171): «روي هذا عن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان».

(2) زيادة من متن «الرسالة».

(3) ينظر: المدونة (4/ 627)، والأم (5/ 710) و(7/ 259-260)، والأوسط (13/ 175).

(4) ينظر: الحجة على أهل المدينة (4/ 322-323).

أنَّ عمر بن الخطاب -رضي الله عنه-: «قضى في دية المجوسي بثمان مائة درهم»[1]، وتابعه بقية الصحابة على ذلك مِن غير خلافٍ عليه، وكان يكتب بذلك في عهوده إلى عُمَّاله بحضرة المهاجرين والأنصار -رضي الله عنهم- فلا يختلف أحد عليه، وإنَّما ذُكر الخلاف في الكتابيِّين، فأمَّا في المجوسي؛ فلا.

ويدلُّ عليه:

ما رواه [ابن][2] لَهِيعة عن يزيد بن [أبي][3] حبيب عن أبي الخير عن عقبة ابن عامر، قال: قال رسول الله ﷺ: «دية المجوسي ثمان مائة درهم»[4].

ذكره بعض أصحابنا في مسائله بهذا الإسناد؛ فإن صحَّ فهو نصٌّ.

ولأنَّ كلَّ جنس لا تُؤكَل ذبيحته ولا تُنكح نساؤهم لا يجب بإتلافه ما يجب بإتلاف المسلم؛ أصله الوثني أو المرتد.

ولأنَّا قد بيَّنَّا أنَّ نقصان الحُرم بالأديان يؤثِّر في نقصان الدِّية؛ فلمَّا كان

---

(1) رواه الدارقطني (3247)، به، بمعناه، قال البيهقي: «وهو في كتاب الدارقطني بإسناد صحيح». [معرفة السنن والآثار (12/ 142)].

(2) زيادة من مصادر التخريج.

(3) زيادة من مصادر التخريج.

(4) رواه البيهقي في الكبرى (16344)، من طريق أبي صالح عن ابن لهيعة، به، بمثله، وقال: «تفرد به أبو صالح كاتب الليث»، وقال عبد الحق في الأحكام الوسطى(4/ 61): «في إسناده عبد الله بن صالح عن ابن لهيعة، ولا يصح»، وقال ابن حجر في التلخيص الحبير (5/ 2668): «وإسناده ضعيف من أجل ابن لهيعة».

الكتابي أخفض حُرمة مِن المسلم نقصت ديتُه عن ديتِه؛ كذلك المجوسي لما نَقُصت حرمته عن حرمة الكتابي؛ وجب أنْ ينقص عن ديته.

وقوله: (**إنَّ نسائهم على النصف**)؛ فاعتبارًا بالمسلمين والكتابيين.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(**ودية جِراحهم كذلك**).

قال القاضي -رحمه الله-:

هذا كما قال؛ لأنَّ كلَّ جنسٍ تقرَّر بقتل الواحد منه ديةٌ؛ فإنَّ جراحه يجب فيها ما تقرَّر مِن ديته؛ أصله: الرجال، ألا ترى أنَّ المسلمين لمَّا كانت ديات نسائهم على النصف مِن ديات رجالهم، كان ما يجب في جراحهم على النصف ممَّا يجب في جراح الرجال؛ كذلك الكفار.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(**وفي اليدين الدية، [و][1] كذلك الرِّجلين والعينين، وفي كلِّ واحدة منهما نصفها**).

قال القاضي -رضي الله عنه-:

وهذا لقوله ﷺ في حديث عمرو بن حزم وغيره: «وفي اليدين الدية، وفي

(1) زيادة من متن «الرسالة».

الرجلين الدية، وفي العينين الدية»[1].

وفي حديث عمرو: «في اليد خمسون، وفي الرِّجل خمسون، [وفي العين خمسون][2]»[3]، وهذه نصوص.

ولأنَّ كلَّ عضو فيه منفعة كاملة وجمال ظاهر فإنَّ الدية تتعلق بإتلافه.

ومنافع هذه الأعضاء هي المقصودة:

مِن اليدين: بهما البطش والتصرف والتمكن مِن الصناعات؛ فنفعها نفعٌ ظاهرٌ كاملٌ، فوجب بإتلافها الدية لعدم النفع العظيم والجمال الكامل.

وكذلك في أحدهما نصف الدية؛ لإتلاف نصف ما هو موجود فيها مِن النفع والجمال، فاستحق به نصف ما يجب في الجملة.

فأمَّا الرِّجلان: [و/466] فهما كالمشاركَين اليَدَينِ في النفع، وإن كان كلُّ نوعٍ منها ينفرد بشيء يخصُّه؛ لأنَّ بالرجلين التصرف بالمشي والذهاب والمجيء والسفر والتقلب في المعايش والتمكن مِن الصناعات والأعمال، وفي إتلافها امتناع هذا أجمع، ولحوق الزَّمانة والعجز، وذهاب الجمال الظاهر البيِّن.

وأما العينان: فمنفعتهما أيضًا منفعة كاملة، وجمالهما جمالٌ ظاهرٌ، وهما

(1) رواه النسائي في سننه (4854) من طريق الزهري عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده، بمعناه، وينظر نصب الراية للزيلعي (4/ 369).

(2) زيادة من شرح الهسكوري [96/ أ] وشرح الفاكهاني (5/ 458) نقلا عن المصنف.

(3) موطأ مالك (3139) عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه؛ أنَّ في الكتاب الذي كتبه رسول الله ﷺ لعمرو بن حزم، فذكره.

مختصان مِن النفع بما ينفردان به عن سائر الأعضاء، وثبتت لهما به المزيَّة على جميع البدن؛ لأنَّ منفعة البصر بهما يتمكن مِن جميع ما ذكرناه مِن [التقلب][1] في المعايش والتصرف في الأعمال، واضطراب الإنسان واحتياله وتقلبه في وجوه متصرَّفاته، وإذا كان الأمر كذلك كانا أولى بوجوب الدية مِن جميع ما ذكرناه.

وفي إحداهما نصف الدية؛ لأنَّ الدية إذا تعلقت بجميع الإتلاف تعلَّقت في البعض بحسابه.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(وفي عين الأعور الدِّية)[2].

قال القاضي -رضي الله عنه-:

وهذا هو مذهب أصحابنا جميعا.

وقاله سعيد بن المسيب والحسن والزهري ويحيى بن سعيد وعبد العزيز ابن أبي سلمة والليث بن [سعد][3][4].

وقال أبو حنيفة والشافعي: فيها نصف الدية؛ لقوله ﷺ: «وفي إحداهما

---

(1) في (ع): (التلف)، والمثبت من المعونة للمصنف (3/ 1328).

(2) هذه الجملة من المتن قدمها الشارح لتناسبها مع ما قبلها، وموضعها في الأصل بعد قوله: (**وفي ثدي المرأة الدية**) (ص: 276).

(3) في (ع): (سعيد)، والمثبت الصواب.

(4) ينظر: النوادر والزيادات (13/ 450-451)، والأوسط لابن المنذر (13/ 211).

نصف الدية»[1]؛ ولم يفرق بين الأعور والصحيح[2].

ولأنَّ كلَّ عضوين يجب بإتلافهما الدية، فإذا تلف أحدهما وجب به نصف الدية؛ أصله: اليدان والرِّجلان.

ولأنَّه أتلفَ عينًا واحدةً؛ فأشبه عين الصحيح.

ولأنَّ عين الأعور لو جرى مجرى العينين في كمال الدية لوجب أنْ تجري مجراها في القصاص، وكان يجب له أنْ يَقتَصَّ فيأخذ عَينَي الصحيح لعينه، وإذْ أتلف عين الصحيح كان يجب له أنْ لا يقتص منه؛ لأنَّ ذلك كقلع عينين بعين.

ودليلنا:

إجماع الصحابة: رُوي ما قلناه عن عمر وعثمان وعلي وابن عمر، ولا مخالف لهم.

فَرَوى ابن وهب عن محمد بن عمر وعن ابن جريج عن [محمد بن][3] أبي عياض: «أنَّ عمر وعثمان اجتمعا على أنَّ الأعور إذا فقأ عين الآخر فعليه مثل دية عينه»[4].

وروى هشام عن قتادة عن أبي [مِجْلَز][5]: أنَّ رجلا سأل ابن عمر عن

---

(1) رواه النسائي في سننه (4854)، وينظر نصب الراية للزيلعي (4/ 369).

(2) ينظر: الحجة على أهل المدينة (4/ 303-304)، والأم (7/ 301).

(3) زيادة من مصادر التخريج.

(4) رواه عبد الرزاق في المصنف (17428) (17440) عن ابن جريج عن محمد بن أبي عياض، به، بنحوه.

(5) في (ع): (مجلد)، والتصويب من مصادر التخريج.

أَعْورَ فُقِئت عينه الصحيحة؛ فقال [عبد الله بن صفوان وهو عند ابن عمر: قضى فيها عمر بالدية كاملة، فقال الرجل: إنما أسألك يا ابن عمر، فقال][1] ابن عمر: «ما أقول فيها بعد قول عمر»[2].

وروى سعيد عن قتادة عن عبد ربه عن أبي عياض: «أنَّ عثمان -رضوان الله عليه- قضى في أعورَ أُصيبت عينه الصحيحة بالدية كاملة»[3].

وروى قتادة عن خِلاس عن علي: «في الأعور إذا أصيبت عينه الصحيحة: إنْ شاء فقأ عينه مكان عينه ويأخذ النصف، وإن شاء أخذ الدية كاملة»[4].

ورَوى [معمر][5] عن الزهري عن سالم بن عبد الله عن ابن عمر: «إن فُقئت عين الأعور؛ ففيها الدية كاملة»[6].

ولا مخالف لهم.

فإن قيل: ورُوي عن علي: «أنَّه فيها نصف الدية»[7].

---

(1) زيادة من مصادر التخريج.

(2) رواه ابن أبي شيبة (27563) عن وكيع، وابن المنذر في الأوسط (9466) من طريق وهب بن جرير، كلاهما عن هشام، به، بنحوه، ورواه عبد الرزاق (17431) وابن أبي شيبة (27567) عن أبي أسامة كلاهما عن سعيد بن أبي عروبة عن قتادة به، بنحوه.

(3) رواه ابن أبي شيبة (27564) عن أبي أسامة عن سعيد، وابن المنذر في الأوسط (9467) من طريق همام بن يحيى عن قتادة، به، بمثله.

(4) رواه عبد الرزاق (17432)، وابن أبي شيبة (27565) عن أبي أسامة، كلاهما عن سعيد به، بمثله.

(5) في (ع): (عمر)، والتصويب من مصادر التخريج.

(6) رواه ابن أبي شيبة (27566) عن عبد الأعلى عن معمر، به، بلفظه.

(7) لم أجد من خرجه فيما بين يدي من مراجع، ولم يذكر ابن المنذر (13/ 211) عليا -رضي الله عنه- في جملة من قال بهذا القول.

قيل [1] **له**: ليس ذلك بثابتٍ عنه، والثابتُ ما ذكرناه؛ على أنَّه لو ثبت لاحتمل أنْ يكون قاله أوَّلًا ثم رجع عنه، ليكون قوله مُطابِقًا للإجماع.

ولا يجوز أنْ يكون رجع إليه؛ لأنَّ قوله إذا انعقد مع الإجماع لم يجُز رجوعه عنه خاصة -على ما أذهب إليه مِن [أنَّ][2] انقراض العصر ليس بشرط في انعقاد الإجماع ولزوم الحجة به-.

ولأنَّا وجدنا الدية تجب بذهاب المنفعة وبذهاب العضو.

يبين ذلك: أنَّ مَن ضرب يد رجلٍ فأشلها؛ لزمته الدية، وكذلك لو قطعها.

وإذا صحَّ ذلك، ووجدنا منفعة البصر تكمل لذي العين الواحدة، إذا كان منفعته مِن البصر هو التمييز بين الألوان والأشخاص والتصرف في الصناعة المفتقرة إلى ذلك؛ كالنقد والوزن والكتابة وغير ذلك مِن أنواع التصرف بهذه الحاسة، فإذا أتلفها مُتلِفٌ فقد تَلِفَ جميع منفعة [و/ 467] البصر؛ فكان كمُتلِف العينين، وليس شيء مِن الأعضاء إذا فُقد أحدهما أقام الباقي مقام الآخر إلا العينان.

فإن قيل: لا نُسلِّم أنَّ مَن له عينٌ واحدة بمنزلة مَن له عينان؛ لأنَّ ذا العينين أتمُّ نظرا، وأقدر على التصرف؛ لأنَّه ينظر على أي الجهات شاء، وصاحب العين الذاهبة لا يقدر أنْ ينظر إلى ما يَلي عينه الذاهبة إلا بعد الالتفات والتكلف؛ فلم نُسلِّم ما ادَّعيتمُوه.

---

(1) في (ع) في هذا الموضع: (ليس)، ولعله سبق قلم من الناسخ.

(2) زيادة يقتضيها السياق.

قيل له: ما قلتموه غير معتبر باتفاقٍ؛ لأنَّ أحدًا لم يعتبر كمال العضو حتى لا ينقص منه شيء، ألا ترى أنَّ الجميع قالوا: «إنَّ إتلاف عين الشاب الحَديد النظر الذي يرى الشيء مِن بُعدٍ في الدية يجري مجرى الشيخ الكالِّ البصر الضعيف الضوء الذي لا يرى الشيء إلا بعد أن يُقرِّبه منه [ويدنيه][1] إليه».

وليس ينال الأعور مِن الكلفة في التفاته وتصنُّعه ما يلي عينه الذاهبة أكثر ما يناله دون النظر الصحيح في تأمل الشيء، إلا بعد أنْ يتكلف تقريبه منه وإدناءه مِن حاسته.

فإن قيل: فيلزمكم على هذا أنْ تصيروا إلى ما يقوله الأوزاعي -على ما يُحكى عنه-: «أنَّ صاحب اليد الواحدة تجب بإتلافها الدية كاملة».

قيل له: لا يلزم ذلك؛ مِن قِبَل [أنَّ][2] صاحب اليد الواحدة لا يمكن مِن التصرف في الصناعات والمنافع المقصودة مِن جهة اليدين كتصرف صاحب العين الواحدة، كذلك العينين؛ ألا ترى أنَّه إذا كان صانعًا بطلت صناعته حتى إنَّا لم نجد صانعًا قطعت يده فقام على صناعته، بل بَطَلَ عنها جملة وغَدَا مِن أهل الزَّمانة.

فإذا كان الأمر كذلك؛ بَطل ما قالوه.

وإذا ثبت هذا؛ فالخبر مُرتَّب على ما قلناه مِن الإجماع والاعتبار.

والفرق بين العينين وسائر الأعضاء؛ قد ذكرناه.

---

(1) في (ع): (دنيه)، والمثبت أليق بالسياق.

(2) زيادة يقتضيها السياق.

وقياسهم على عين الصحيح؛ فالجواب عنه: أنَّ المعنى فيه لم يذهب بكلِّ المنفعة ولا بجملتها؛ لأنَّه قد بقي له مِن العين الباقية قريبٌ ممَّا كان [بالعينين][1].

واعتبارهم بالقصاص؛ غير صحيح، لأنَّ طريقته مخالفة لطريق الدية، لأنَّ القصاص طريقه المماثلة مِن غير اعتبار تفاضل المنافع، وليس هذا طريق الدية؛ لأنَّه قد تتفاضل المُتلَفات في الدية وتتساويان في القصاص؛ كالرجل يقتل المرأة فإنَّه يقتل بها، ولو أرادوا الدية لم يكن لهم إلا دية المرأة.

والله أعلم.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(وفي الأنف يُقطع [مَارِنُه][2] الدِّيَةُ).

قال القاضي -رحمه الله-:

وهذا لِما رُوي في الحديث: «وفي الأنف إذا أوعب جدعًا الدية»[3].

ولأنَّه عضو فيه نفعٌ كاملٌ وجمالٌ ظاهرٌ؛ فتعلقت بقطعه الدية.

والاعتبار بالمارن دون العظم مِن تحت العينين.

وكذلك إذا قُطع بعضه؛ فإنَّ فيه مِن الدية بحسابه مِن المارن، مِن نصف

---

(1) في (ع): (بالعين)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) في (ع): (مارينه)، والمثبت من متن «الرسالة».

(3) رواه النسائي (4853) (4857) من حديث عمرو بن حزم.

أو ثلث أو غير ذلك مِن الأجزاء.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله -:

(وفي السَّمع الدِّيَةُ).

قال القاضي -رحمه الله -:

[لقوله -عليه السلام-: «وفي السمع الدية»[1].][2]

ولأنَّه منفعة مقصودة كاملة؛ كالبصر.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(وفي العَقْلِ الدِّيَةُ).

قال القاضي -رحمه الله-:

وهذا لأنَّ نفعه ممَّا لا يُوازيه[3] نفع؛ لأنَّ ما عداه مِن المنافع متعلقة به، ألا ترى أنَّ به يتمكن الإنسان مِن التصرف في المعاش والتطلُّب في المكاسب، وبه يأخذ ويعطي، ويعرف وجوه مصالحه وطروق خصومه في متصرفاته؛

---

(1) قال البيهقي في السنن الكبرى (8/ 150): «روى أبو يحيى الساجي في كتابه بإسناد فيه ضعف عن عبادة بن نسي عن ابن غنم عن معاذ بن جبل عن النبي ﷺ: وفي السمع مائة من الإبل»، وقال الذهبي في المهذب (6/ 3176): «سنده واه».

(2) زيادة من شرح الهسكوري [96/ أ] نقلا عن المصنف.

(3) في شرح الهسكوري [96/ ب] نقلا عن المصنف: (نقصه لا يساويه).

وهذا أشهر مِن أنْ يُدلَّ عليه، فكان في إتلافه الدية.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(في الصُّلْبِ يَنْكَسِرُ الدِّيَةُ).

قال القاضي -رحمه الله-:

وهذا لأنَّه يذهب بكَسره منفعة كاملة، ويمنع [مِن][1] التقلب في الصناعة، والتصرف في المعيشة؛ فأشبه قطع الرجلين.

ولأنَّه زَمانة لا يتمكن معها مِن المشي إلا [468/و] ما يزحف الزاحف والمُقعَد؛ فأشبه ما ذكرناه.

وهذا إذا أدَّى به إلى القعود، فأمَّا إنْ قَدِر على القيام والمشي على نقص وشين؛ ففيه مِن الدية بحسابه، إنْ عُرف قدرُ النقص.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(وفي الأنثيَيْن الدِّيَة، وفي الحَشَفَةِ الدِّيَةُ).

قال القاضي -رحمه الله-:

ورُوي في الحديث: «أنَّ في الذَّكر الدية»[2].

---

(1) زيادة من شرح الهسكوري [96/ ب] نقلا عن المصنف.

(2) رواه النسائي (4853) والبيهقي في الكبرى (7255) (16317) من حديث عمرو بن حزم.

ولأنَّ منفعته مِن أنواع شتى كلُّها مقصودة كاملة، وكذلك الأنثيان.

وإذا كان الأمر كذلك؛ وجب الدية بإتلاف كلِّ واحد منها.

فإذا ثبت هذا، نُظر:

فإن [قُطعا][1] قطعًا واحدًا في حالٍ واحدة لم يسبق أحدهما الآخر؛ ففي كلِّ واحدٍ ديةٌ كاملةٌ.

وإنْ سبق أحدهما الآخر بعد اندماله وزوال حُكم ذلك القطع؛ ففي الأول ديةٌ كاملةٌ، وفي الثاني حكومة.

وإنْ قُطع أحدهما بعد الآخر في قطعٍ واحدٍ وفَورٍ واحدٍ؛ ففيها روايتان:

إحداهما: أنَّ في الأوَّل منهما الدية، وفي الثاني حكومة.

والأخرى: أنَّ في كلِّ واحد منهما دية[2].

فوجه قوله: «إنَّ في كلِّ واحد دية»:

قوله: «في الذكر الدية»؛ فعمَّ ولم يخصَّ حالا مِن حال، لأنَّ قطعهما في فورٍ واحد يجري مجرى الحال الواحدة.

ولأنَّه قطعٌ واحدٌ؛ فأشبه إذا لم يسبق أحدهما الآخر.

ووجه قوله: «إنَّ في الثاني حكومة»؛ أصله: إذا قُطع بعد اندمال الأول.

فصل:

فأمَّا أقل ما تتعلق به الدية مِن قطع الذكر: فهو الحشفة؛ لأنَّ المنفعة

---

(1) في (ع): (قطع)، والمثبت أليق بالسياق.

(2) ينظر: النوادر والزيادات (13/ 413-414).

المقصودة [بها][1] بما تتعلق به اللذة وغيرها، فإذا ذهبت تعلَّقت بها الدية.

وإن قُطع بعضها فبحسابها.

وما كان مِن قطع بعد ذلك ففيه حكومة؛ وذلك كاليد إذا قُطعت الأصابع، فإنَّ الدية تتعلق بها فقط، ثم ما زاد عليها ففيها حكومة.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(وفي اللِّسان الدِّيَةُ).

قال القاضي -رحمه الله-:

وقد رُوي هذا مرفوعا -أيضا-[2].

ولأنَّ فيه منفعة كاملة مقصودة، وجمال ظاهر؛ لأنَّ ضدَّه الخرس الذي لا يمكن معه التصرف في معاشٍ ولا غيره، إلا على كلفة ومشقة، لعدم ما به يقع الفهم والإفهام.

والحاجة إلى ذلك بيِّنة عميمة؛ فلذلك وجبت الدية بقطعه، كالسمع والبصر وغيرهما.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(وفيما مَنعَ الكلامَ الدِّيَةُ).

---

(1) زيادة يقتضيها السياق.

(2) رواه النسائي (4853) والبيهقي في الكبرى (7255) (16253) من حديث عمرو بن حزم.

قال القاضي -رحمه الله -:

هذا لأنَّ المقصود فيه الكلام؛ لأنَّه هو المنفعة التي يختص بها، وإذا قُطع منه ما سَلب المنفعة؛ وجبت الدية لذهاب المنفعة، كما إذا قلع مِن العين ما ذهب منه التصرف وجبت الدية لتلف المنفعة.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(وفي ثديي المرأة الدِّيَةُ).

قال القاضي -رحمه الله-:

وهذا لأنَّهما عُضوان فيهما نفعٌ [كامل][1]، وجمالٌ ظاهر:

لأنَّ الإرضاع معنى مقصود، ونفع مطلوب.

وأمَّا الجمال؛ فظاهر، لأنَّه مرغوب فيه عند الرجال، وهو يُعدُّ مِن المحاسن المطلوبة.

والدية في ذهابها أو بعضها متعلقة بإبطال مخرج اللبن، كما تعلقت بذهاب الكلام مِن اللسان، لأنَّ ذهاب المقصودة مِن العضو يوجب الدية سواء تلف كلُّه أو بعضُه.

فأمَّا ثديا الرجل؛ ففيهما الاجتهاد، [لأنَّه ليس فيهما نفعٌ][2] كاملٌ، ولا جمال ظاهر.

---

(1) زيادة من شرح الهسكوري [97/ أ] نقلا عن المصنف.

(2) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

مَسْألَةٌ

قال -رحمه الله-:

[1] (وفي [السِّنِّ خمسٌ مِن الإبل][2]).

قال القاضي -رحمه الله-:

وهذا لقوله [ﷺ]: «في السن خمس مِن الإبل»[3].

وسواء [كان مِن مقدَّم][4] الفم، أو مؤخره[5]؛ لأنَّ الاسم واقعٌ عليه.

مَسْألَةٌ

قال -رحمه الله -:

(وفي كلِّ أصبع عشرة).

قال القاضي -[رحمه الله]-:

وهذا لقوله ﷺ مِن[6] حديث عمرو بن حزم: «وفي كلِّ أصبع عمَّا هنالك عشر مِن الإبل»[7].

ولأنَّ في اليد الواحدة خمسين مِن الإبل، والدية فيها تجب بذهاب

---

(1) في هذا الموضع من المتن قوله: (وفي الموضحة خمس من الإبل)، وقد أخَّره الشارح بعد ثلاث مسائل (ص: 278).

(2) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(3) رواه النسائي (4853) والبيهقي في الكبرى (7255) (16189) (16191) من حديث عمرو بن حزم.

(4) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(5) في (ع): (مِن مؤخره).

(6) في (ع): (في).

(7) رواه النسائي (4853) (4857) والبيهقي في الكبرى (7255) (16272) من حديث عمرو بن حزم.

الأصابع، فيجب [و/ 469] أنْ يكون في كلِّ أصبع عشر؛ إلا أنَّ هذا أخذناه بالتقدير لا بالقياس.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(وفي كلِّ أُنملة ثلاثة أباعر[1] وثُلث)[2].

قال القاضي -[رحمه الله]-:

هذا لأنَّ كلَّ أصبع ثَلاث أنامل، فإذا كانت الأنملة ثُلث الأصبع فالواجب فيها ثُلث ديتها، كما لمَّا كانت في اليد خمسون مِن الإبل، وكانت كل أصبع خُمسها؛ فإنَّ الواجب فيها عشرة.

فأمَّا (الإبهام) فإنَّه أنملتان؛ فلذلك كان في كلِّ واحدة نصف دية الإبهام؛ لأنَّ أنملة كلِّ أصبع ثُلُثها إلا في الإبهام فإنَّها في نصفها.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(وفي الموضِحة: خمسٌ من الإبل).

قال القاضي -[رحمه الله]-:

وهذا لقوله: «في الموضِحة خمس مِن الإبل»[3]، ولا خلاف في ذلك.

---

(1) في (ع): (من الإبل).

(2) في متن «الرسالة» تتمة: (وفي كل أنملة من الإبهامين خمس من الإبل).

(3) رواه النسائي (4853) (4856) (4857) والبيهقي في الكبرى (7255) (16192) من حديث =

وهذا إذا كانت في الرأس والوجه، ما عدا الأنف واللَّحي الأسفل وسائر الجسد؛ ففي ذلك حكومة.

فإن ذهبت[1] على [شَيْنٍ][2]:

فقال مالك: يزاد فيها بقدره.

وقال أشهب: لا شيء فيه[3].

فوجه قول مالك: هو أنَّه نقصٌ حدث عن جناية فوجب أنْ يلزم أرشه؛ أصله: لو كانت في [الخد][4].

ووجه قول أشهب: قوله: «في الموضِحة خمس مِن الإبل»، ولم يوجب سواها.

ولأنَّ المُقدَّر إذا أخذ منها؛ لم يكن لها بعد ذلك حكم.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(وفي المُنَقِّلة عشرٌ ونصفُ عشر[5]).

[قال القاضي -رحمه الله-]:

عمرو بن حزم.

(1) في شرح الهسكوري [97/ ب]: (برأتْ).

(2) في (خ): (شيئين)، والمثبت من (ع).

(3) ينظر: النوادر والزيادات (13/ 417).

(4) في (ع): (الجسد).

(5) في (ع): (العشر).

وهذا لقوله [ﷺ]: «في المُنقِّلة خمسة عشر»[1]، ولا خلاف في ذلك.

مسألة

[قال -رحمه الله-]:

([والمُوضِحة][2]: [ما][3] أوضحَ العظمَ، والمُنقِّلة: ما طار فَرَاشُها [مِن العظم][4]، ولم يصل إلى الدماغ، وما وصل إليه فهي[5] المأمومة؛ ففيها ثُلث الدية، وكذلك الجائفة).

[قال القاضي -رضي الله عنه-]:

وهذا قد ذكره[6] أهل اللغة في حدِّهم أنواع الجِراح[7].

وفسَّره أصحابنا منهم: أحمد بنُ المعذَّل وابن حبيب وغيرهما، قالوا:

«**إنَّ الموضِحة**: أخذ اسمها مِن الإيضاح عن العظم والكشف عنه، قلَّ ذلك أم كثر.

والمُنقِّلة: مأخوذة[8] مِن انتقال الفراش؛ وهي الشطائط مِن العظم الذي قد تَرَضض، ولم يصل إلى الدماغ.

---

(1) رواه النسائي (4853) (4856) والبيهقي في الكبرى (7255) من حديث عمرو بن حزم.

(2) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(3) في (خ): (فما)، والمثبت من (ع).

(4) زيادة من (ع).

(5) في (ع): (فهو).

(6) في (ع): (وقد ذكر).

(7) ينظر: الغريب لأبي عبيد (1/ 267-268)، والكامل في اللغة للمبرد (2/ 60).

(8) في (ع): (مأخوذ).

فإن وصل[1] إلى الدماغ؛ خرجت عن أنْ تكون مُنقِّلة، وصار لها حكمٌ آخر؛ وهو حكمُ المأمومة»[2].

والآمَّة: فهو فاعل بمعنى [مفعول][3]، كقوله: آثِم بمعنى مأثومٌ، وأخذ لها ذلك مِن وصولها إلى أمِّ الدماغ، وفيها ثُلث الدية.

وكذلك في الجائفة -أيضا-: ثُلث[4]؛ وهي ما وصل إلى الجوف.

وذلك [مذكور][5] في الحديث[6]، مع أنَّه لا خلاف فيه.

مسألة

قال -رحمه الله-:

(وليس فيما دون المُوضِحة إلا الاجتهاد، وكذلك جراح الجسد).

قال القاضي -رحمه الله-:

وهذا لأنَّ أوَّل الجراح وَرد فيه عَقْلٌ مُسمًّى هو المُوضِحة؛ جُعل فيه[7] نصف عشر الدية، ولم يرد فيما قبلها عَقْلٌ مُسمًّى؛ وذلك لخِفة أمرها وقلة

(1) في (ع): (وصلت).

(2) ينظر: النوادر والزيادات (13/ 398).

(3) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(4) في (ع): (ثلث الدية).

(5) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(6) رواه النسائي (4853) (4856) والبيهقي في الكبرى (7255) (16204) من حديث عمرو بن حزم.

(7) في (ع): (فيها).

الخطر فيها، وأنَّها لا تكاد تؤثِّر[1] غالبًا.

والاجتهاد والحكومة واحد، وهو أنْ يُقوَّم المجنيُّ عليه [أنْ][2] لو كان عبدا لا جرح به[3]، ثم يُقوَّمُ وبه الجرح؛ ثمَّ ينظر قدر التفاوت بين القيمتين، فيجعل جزاء مِن ديته يؤخذ به الجاني.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ولا يُعْقَلُ جرحٌ إلَّا بعد البُرْءِ).

قال القاضي -[رحمه الله]-:

وهذا كما قال؛ لا يُعقَل جرح ولا يُستقاد منه إلا بعد استقرار أمره وانتظار بُرئه؛ فإن[4] صار نفسًا أُخذ بجناية النفس، وإنْ تَرَامى إلى ما هو أكثر منه أُخذ منه على حَسب ذلك.

هذا قولنا، وقول أبي حنيفة[5].

وقال الشافعي: يُستحب ذلك، وإن أراد القَوَد في الحال فذلك له[6].

واستدلَّ أصحابه:

(1) في (ع): (تورث).

(2) زيادة من (ع).

(3) في (ع): (فيه).

(4) في (ع): (فإذا).

(5) ينظر: النوادر والزيادات (13/ 438-439)، والتجريد (11/ 5634).

(6) ينظر: الأم (7/ 136-137)، والحاوي الكبير (12/ 167).

بقوله تعالى: ﴿وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾[المائدة:45]؛ فأطلق.

ولأنَّه أحد نوعي القصاص؛ فوجب أنْ يكون منه معجل ومؤجل؛ أصله: النفس، وهو أنْ تَقتل امرأةٌ [حاملٌ][1] قتلًا[2] يوجب القَوَد، فلا يُقتص منها حتى تضع؛ فهذا وجوبه مؤجلًا، وإذا قُتلت حاملا قُتل قاتلها في الحال.

وكذلك فقد يَقطع في شدة حرٍّ أو بردٍ فلا يُقتص منه في ذلك الوقت إلى اعتدال الهواء.

ودليلنا: [و/ 470]

ما روى عمرو بن دينار عن جابر: «[أنَّ النبي][3] ﷺ نهى أنْ يُستقاد مِن الجرح حتى يندمل»[4].

وروى جابر: أنَّ [رجلًا][5] طعن فخذَ رجلٍ بقَرن، فأتى المجروحُ رسولَ الله ﷺ أنْ يقتصَّ له، فقال: «اصبر حتى يندمل فتأخُذ القصاص في الجرح»؛ فأبى فاقتصَّ، فعاد إلى النبي ﷺ، وقد سَرَى إلى رِجله، فقال: «خالفتني أبعدك الله»[6]؛ فتوعَّده على مخالفته، فعُلم أنَّها محظورة.

---

(1) في (خ)، (ع): (حاملا)، والمثبت أليق بالسياق، وهو وصف للمرأة القاتلة على ما سيأتي.

(2) في (ع): (قتيلا).

(3) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(4) رواه الطحاوي في شرح معاني الآثار(3/ 184)، وقال أبو زرعة في علل ابن أبي حاتم (1371): «هو مرسل مقلوب»، وينظر نصب الراية للزيلعي (4/ 378).

(5) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(6) رواه الدارقطني (3117)، من طريق عمرو بن دينار عن جابر، به، بمعناه، وقال: «المحفوظ مرسلا».

ورُوي: أنَّ رجلًا جرح حسان بن ثابت؛ فجاء قومٌ مِن الأنصار إلى النبي ﷺ فسألوه؛ فقال: «اصبروا[1]؛ فإن اندمل الجرح أخذتم القَوَد في الجرح، وإن صار نفسًا أخذتم القَوَد في النفس»[2].

فهذه الأخبار كلُّها دالة على ما قلناه.

ولأنَّا إذا قطعناه قبل الاندمال؛ جاز أنْ يَسرِي إلى النفس قبل موت المجني عليه بسراية الجُرح الأول، ليكون ذلك أخذا للقَوَد قبل وجوبه؛ لأنَّه إنَّما يجب إذا مات المجنيُّ عليه؛ وإلا فالسَّلَف في القصاص غير جائز.

ولا يجوز أنْ يقال: تلزم الدية في مال الجاني؛ لأنَّ في ذلك جمعًا [بين][3] بدلين؛ وهما النفس والدية، وذلك غير جائز.

قالوا: -على هذا- إنَّ أبا إسحاق[4] يقول: «[تصير][5] قصاصًا، ويجوز هذا النوع مِن السلف في القود، لأنَّه قَوَد عن قَوَد سرايةٍ وقصاصٍ؛ فكان قصاصًا».

قال: «ولا يكون هذا سَلَفًا في القصاص؛ لأنَّ ذلك هو بأن [يقول][6]

---

(1) في (ع): (أبصروا).

(2) رواه عبد الرزاق في المصنف (17990)، من طريق عمر بن عبد العزيز مرسلا؛ القصة.

(3) خرم في (خ)، والمثبت من (ع).

(4) أبو إسحاق المروزي: إبراهيم بن أحمد، من فقهاء الشافعية، انتهت إليه الرياسة في العلم ببغداد، وشرح المختصر (مختصر المزني)، وصنف الأصول، خرج إلى مصر ومات بها سنة 340هـ. [طبقات الفقهاء للشيرازي (ص: 112)]

(5) خرم في (خ)، والمثبت من (ع).

(6) خرم في (خ)، والمثبت من (ع).

الرجل: اجرحني حتى أجرحك ويكون قصاصًا عنه؛ فأمَّا [هاهنا][1] فالقصاص سرى إلى نفس الجاني بعد وجود سبب الجناية، وهو القطع».

فالجواب: أنْ يقال: هذا انقطاع في النظر؛ لأنَّ المخالف إذا [أَلزمَ][2] مخالفَه لم يكن انفصالًا منه أنْ يحكي مذهب أصحابه؛ لِأنَّا لأصحابه قائلون ما قلناه له.

فيقال لأبي إسحاق: ما قلته غير صحيح، واعتلالك له[3] أَدخل في الخطأ منه.

أما قولك: «لأنَّه سِرايَة عن قصاص فكان قصاصًا»؛ فكيف يعطيك أنَّه قصاص، ونحن[4] لا ندري هل هو الواجب له أم لا؟

ويجوز أنْ تسري الجناية إلى النفس فيسقط[5] حقُّ القصاص مِن الطرف، ويتعلق بالنفس، وكيف تسميه قصاصا وعندنا أنَّه سلف فيه؟! والقصاص هو المماثلة في العقل المستقر.

وأما اعتلالك لذلك [بأنَّ][6] السَّلَف في بعض القصاص هو ما قلتَه فلا يصحُّ؛ لأنَّ ما قلته سَلَف وهذا أيضًا سَلَف، فلم نَرَكَ أبطلت [كونه][7] سَلفًا

---

(1) خرم في (خ)، والمثبت من (ع).

(2) في (خ): (التزم)، والمثبت من (ع).

(3) في (ع): (به).

(4) في (ع): (أونحن).

(5) في (ع): (فسقط).

(6) في (خ)، (ع): (فإن)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(7) في (خ): (قوله)، والمثبت من (ع).

إلا [بأن أريتنا][1] سلفا آخر، ولا يمتنع أنْ يكون السلف على وجوه.

وأمَّا قولك: «إنَّ السِّراية كانت بعد وجود سبب الجناية، وهو القطع»؛ فقد علمنا أنَّه كذلك، ولكن لَمَ[2] زعمتَ أنَّ وجود سببها مُؤذن لجواز[3] القصاص قبل استقرارها؟

قالوا: وقال ابن خَيران[4]: «لا تكون تلك السراية قصاصًا بل تكون هَدَرًا».

فيقال له: إذا لم تكن قصاصًا؛ فقد أخذت ظلمًا، لأنَّ الذي لزم الجاني أنْ يؤخذ منه قصاصًا عن جناية، فإذا كانت الجناية لم تستقر؛ فما يؤخذ عنها ليس بقصاص.

فإن قالوا: القصاص في الطرف يجب مستقرا؛ لأنَّ أكثَرَ ما يُخاف أنْ تسريَ الجناية إلى النفس، وهذا لا يمنع أخذ القصاص في الطرف.

قلنا: هذا -أيضًا- بناء على [أصل][5] غير مسلم؛ لأنَّ نفس المجني عليه ذهبت بجناية واحدة، فلا يجوز أنْ [تُؤخذ][6] نفس الجاني بقطعين، وإنَّما [يجب][7] أخذها بقطع واحد.

---

(1) في (خ): (كان أرشا)، والمثبت من (ع).

(2) في (ع): (ما).

(3) في (ع): (يؤذن بجواز).

(4) أبو علي ابن خيران: الحسين بن صالح، من فقهاء الشافعية، كان من أفاضل الشبوخ وأماثل الفقهاء، أُريد للقضاء فامتنع، توفي سنة 320هـ. [طبقات الفقهاء الشافعية (ص: 459-460)].

(5) خرم في (خ)، والمثبت من (ع).

(6) خرم في (خ)، والمثبت من (ع).

(7) زيادة من (ع).

ولأنَّ القصاص [هو المماثلة، وهذا ليس][1] بمماثلة.

وبقي[2] الكلام في ذلك على أنَّ الدية لا يجوز [أخذها سلفًا][3] قبل اندمال الجرح.

فإن سلَّموه قُلنا: لأنَّه أحد مُوجَبَي الجناية فلم يجز أخذها إلا بعد استقرار الجرح؛ أصله: الدية.

وإنْ منعوا ذلك دلَّلنا عليه: بأنَّ الدية بدل عن إتلاف متلف، فيجب ألَّا يلزم أخذها إلا بعد استقرار وجوبها؛ كسائر أروش المتلفات.

وتُبنى المسألة على أنَّ الجناية إذا سرت إلى النفس سقط استيفاء القصاص مِن اليد[4]، وإذا جاز [و/ 471] أنْ يكون ذلك مرة حقًّا، ومرة لا يكون حقًّا؛ لم يجز استيفاؤه قبل أنْ يعلم على أي الأمرين هو.

فأمَّا الظاهر فشاهدٌ لنا، وذلك أنَّ [شرط] القصاص [مِن][5] المماثلة، وليس مِن المماثلة أن تُأخذ النفس بجرح فتأخذ نفسه بجرح وبقتل[6].

وأمَّا تشبيههم ذلك بالحامل إذا قُتلت أنَّه يُقاد مِن قاتلها للوقت، وإن قَتلت هي لم يُقَد منها حتى تضع، وأنَّ ذلك يفيد أنَّ مِن القَوَد ما يَتعجَّل ومنه ما

---

(1) خرم في (خ)، والمثبت من (ع).

(2) في (ع): (ويبنى).

(3) خرم في (خ)، والمثبت من (ع).

(4) في (ع): (البدل).

(5) زيادة من (ع).

(6) في (ع): (ويقتل).

يَتأَجَّل؛ فمغالطة لا تخفى على مُحصِّل، لأنَّ تأخير قتل الحامل إذا كانت هي القاتلة ليس بمعنى[1] يعود إلى القتل، وأنَّه[2] لم يستحق في الحال، ولكن لمعنى يعود إلى إزالة الضرر عن غيرها؛ فصارت كالقاتل الذي قد [تَتَرَّس][3] بغيره فلا يصل إلى قتله إلا بقتل ذلك الغير.

فأمَّا ألَّا يُقتل إلا بعد التمكن منه على وجه لا يضر بغيره [فهذا][4] ليس بتأجيل؛ ألا ترى أنَّها لو أسقطت في الحال لقتلناها في الحال.

وعلى أنَّ هذا شاهد لنا؛ وذلك أنَّ تأخير القصاص في الموضع الذي فيه تأخيره إنَّما هو خيفةَ أنْ يزيد على فعل الجاني.

ألا ترى أنَّ الجاني أتلف نفسا واحدة فلا يجب أنْ نتلف نفسين؛ وهذا موجود في الجراح، لأنَّا لو أوجبنا القصاص معجَّلا لأمكن أن تسري جنايته إلى النفس، فيكون هو قد أتلف النفس بفعلٍ واحدٍ فنتلفها نحن بفعلين.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(وما برئ على غير شَيْنٍ ممَّا دون الموضِحة؛ فلا شيء فيه).

قال القاضي -رحمه الله-:

---

(1) في (ع): (لمعنى).

(2) في (ع): (ولأنه).

(3) في (خ): (ترّس)، وفي (ع): (يقوم)، والمثبت من معاجم اللغة.

(4) في (خ)، (ع): (وهذا)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

هذا لأنَّ الواجب في الجراح يكون بأمرين:

إمَّا بتقدير مُسمًّى.

أو بأن يبقى أثر.

فأمَّا إذا لم يكن هناك أثرٌ يرجع إليه في مقدار الحكومة، ولا فيه شيءٌ مُقدَّر؛ لم يتوجه لوجوبه[1] شيء.

مسألة

قال -رحمه الله-:

(وفي الجِرَاح القصاصُ في العمد، إلا في المَتالِف؛ مثل المأمومة والجائفة والمنَقِّلَة والفخذ والأُنثيين والصُّلْبِ ونحوه؛ ففي ذلك كلِّه[2] الدِّيَةُ).

قال القاضي -[رضي الله عنه]-:

والأصل في [هذه][3] الجملة التي ذكرها:

قوله -تعالى [ذِكْره]-: ﴿وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ [المائدة: 45]؛ فعمَّ.

وقوله: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة:194].

وقوله ﷺ: «كتاب الله القصاص[4]»[5].

(1) في (ع): (للمجني عليه شيء فيه).

(2) في (ع): (كل ذلك).

(3) زيادة من (ع).

(4) في (ع): (قصاص).

(5) رواه البخاري (2703) ومسلم (1675)، بنحوه، في سياق طويل.

ولأنَّه نوع مِن الجناية، فإذا أمكن المماثلة فيه؛ كان فيه القصاص، أصله: النفس.

ولأنَّ القصاص لمَّا وجب في النفس مع عظم خطرها وشرف حرمتها؛ كان بأنْ يجب فيما دونها أولى.

فإذا ثبت هذا؛ فالجراح على ضربين:

منه ما تتأتى المماثلة فيه.

ومنه ما لا تتأتى المماثلة فيه.

والمرجوع في أعيان [هذه][1] المسائل -في هذا الباب[2]- إلى ما يقوله مَن يُفرِّق [بين][3] المماثلة وطرقها فيما تتأتى المماثلة فيه؛ فما لا تتأتى المماثلة فيه لا قصاص فيه؛ لأنَّ معنى القصاص المماثلة، فإذا عُدمت خَرَج ما يُفعل بالجاني عن أنْ يكون قصاصًا.

غير أنَّ ما لا تتأتى المماثلة فيه على ضربين:

منه ما لا يمكن ذلك فيه لمعنى يعود إلى[4] الفعل، كما يقول أصحابنا في الشلل، وذهاب بعض ضوء العين، وقطع ما يَمنع بعض الكلام مِن اللسان، وإتلاف بعض السمع؛ هذا كلُّه ممَّا تتعذر المماثلة في الظاهر.

---

(1) زيادة من (ع).

(2) في (ع): (الكتاب).

(3) زيادة من (ع).

(4) في (ع): (على).

وقد أجاب مالك -رحمه الله- في هذا وأمثالِه بجوابٍ كافٍ، فقال: «إنْ استطيع القَوَد منه وإلا عُقل للمجني عليه»[1].

والضرب الآخر منه: أنْ يكون تَعذُّر[2] المماثلة [فيه][3] لفَقد مِثل مَحل القصاص؛ مثل أنْ تقطع يُمنى رَجُلٍ ولا يمين للقاطع فلا تقطع شماله لأنَّ الشمال ليست مِثْلًا لليمين؛ فهذا مُسقِط للقَوَد.

هذا الكلام فيما لا تتأتى المماثلة فيه.

فأمَّا ما تتأتى [المماثلة][4] فيه فعلى ضربين:

منه ما لا يعظم الضرر فيه على النفس في الغالب.

ومنه ما يعظم ويُؤدي غالبا إلى تلف النفس.

فما لا يؤدي لذلك غالبا؛ [و/472] فالقصاص فيه واجب، للظواهر التي ذكرناها.

وما يؤدي إلى ذلك غالبا؛ فلا قصاص فيه، لأنَّه يصير كأنَّ النفس أُخذت في مقابلة الجرح، وذلك ليس بقصاص.

وهذا في مسائل معدودة، وقد اختلف قول مالك في بعضها، ونحن نذكرها مفصلة بعد تقدُّم الجملة التي قد بينَّاها.

---

(1) ينظر: النوادر والزيادات (14/ 38).

(2) في (ع): (تتعذر).

(3) زيادة من (ع).

(4) زيادة من (ع).

فصل:

فأمَّا (المأمومة والجائفة)؛ فلم يختلف قول مالك -رحمه الله- أنَّه لا قصاص فيهما[1].

والدليل على ذلك:

ما رواه العباس -رضي الله عنه- عن النبي ﷺ أنَّه قال: «ليس في المأمومة ولا في الجائفة ولا في المنَقِّلة قَوَد»[2]؛ وهذا نصٌّ.

والنكتة فيه ما قلناه: أنَّ الخطر فيها يعظم على النفس، فيكون متى اقتصصنا فيها؛ كأنَّا قد أخذنا النفس بما دونها.

وأمَّا المنقِّلة؛ فعنه فيها روايتان:

إحداهما: وجوب القَوَد فيها.

والأخرى: سقوطه[3].

فوجه سقوطه: للخبر الذي رويناه.

ولأنَّها ممَّا يعظم الخطر فيها على النفس، ولا يمكن استيفاء القَوَد فيها إلا بعد إشراف النفس على التلف؛ كالمأمومة والجائفة.

ووجه وجوبه: فلأنَّ أمرها أخفُّ مِن المأمومة؛ لأنَّ المأمومة: ما غاصت

(1) ينظر: الموطأ (3189)، والتفريع (2/ 206)، والنوادر والزيادات (14/ 35).

(2) رواه ابن ماجه (2637)، من طريق ابن صهبان عن العباس، بمثله، وقال البيهقي في الكبرى (16099): «روي في هذا عن النبي ﷺ بأسانيد لا يثبت مثلها»، ثم ساقه (16101) من حديث العباس.

(3) ينظر: التفريع (2/ 206)، والنوادر والزيادات (14/ 37).

الجراحة فيها إلى أمِّ الدماغ؛ وذلك خطرٌ عظيمٌ، والمنقلة: إنَّما هو رضُّ العظم الذي كَشَفت عنه الموضِحة؛ وذلك لا يوجب التلف غالبًا.

[ولأنَّ][1] عبد الله بن الزبير أقاد منها، ذكره مالك عن ربيعة عنه[2].

قال مالك: «لم يبلغني أنَّ أحدا أقاد منها غيره»[3].

فأمَّا (كسر الفخذ): فإنَّه مِن المتلِفَات -أيضا-؛ فلا قَوَد فيه.

وأمَّا غيره مِن الأعضاء؛ ففيه روايتان:

إحداهما: وجوب القَوَد فيه.

والأخرى: سقوطه[4].

وهذا الاختلاف إنَّما هو راجعٌ إلى إمكان المماثلة فيه أو تعذُّرها:

فإنْ ثبت الإمكان؛ وجب.

وإنْ لم يثبت؛ لم يجب.

وقد أجاب مالك -رحمه الله- في هذا بجواب مشترط.

وكذلك كان الشيخ أبو بكر وغيره يقولون: «إنَّ اختلاف الروايات عن مالك ليس باختلاف في الحقيقة؛ وإنَّما هو إطلاق الجواب في موضع، واشتراطه في آخر».

وكان شيخنا أبو القاسم ابن الجلاب يقول:

---

(1) في (ع): (لأن)، والمثبت أليق بالسياق.

(2) رواه مالك في الموطأ (3193)، به، بمثله.

(3) ينظر: النوادر والزيادات (13/ 500).

(4) ينظر: التفريع (2/ 206)، والنوادر والزيادات (14/ 37).

«إنْ كان الكسرُ مِن مفصلٍ مستويا؛ ففيه القصاص، لأنَّ المماثلة ممكنة فيه.

فإن كان بِشعبٍ وثَاخَاتٍ[1]؛ فلا قَوَد فيه، لأنَّه لا تمكن المماثلة فيه إذا كان على هذا الوجه».

فعرضتُ هذا على القاضي أبي الحسن ابن القصَّار؛ فقال: «هذا مِن عنده، ولسنا نحفظ هذا التفصيل عن مالك، ولا عن أحد مِن أصحابه المتقدمين، ولا مِن المتأخرين».

وكان الشيخ أبو القاسم يقول: «إنَّما ذكرت هذا القول عن مالك: «إنْ كان يُستطاع القَوَد؛ أقيد منه»، فعلى أيِّ وجه ثبتَ لي أنَّ القَوَد يمكن فيه؛ فهو قول مالك»، والله أعلم.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ولا تحمل العاقلة قتل عمد ولا اعتراف به).

قال القاضي -رحمه الله-:

أمَّا العمد: فقد ثبت أنَّه في مال الجاني؛ [لأنَّها][2] واجبة برضا الجميع أو برضا ولي الدم، وإنَّما تحمل العاقلة الدية الواجبة بنفس القتل.

---

(1) كذا في (ع)، ويقال: ثاخت الإصبع أي: خاضت في رخو وغابت، فلعل معنى الكلام إذا كان الجرح متشعبا وغائبا في الجسم لا يتميز ولا يُقدر.

(2) في (ع): (لأنه)، والمثبت من شرح الهسكوري [98/ ب] نقلا عن المصنف.

ويدلُّ عليه:

أنَّ العاقلة تَحمِل الدية في الخطأ عن الجاني تخفيفا، والعامد لا يوجد فيه هذا المعنى؛ لأنَّه بالتغليظ عليه والعقوبة أولى.

فإذا ثبت أنَّ العاقلة لا تحمل دية العمد، وإنَّما تكون في مال الجاني؛ فإنَّها تكون في ماله حالَّة.

ولا يُتصوَّر هذا على مذهب أبي حنيفة إلا في الأب يقتل ابنه عمدًا؛ فإنَّ عنده أنَّ الدية تلزم الأب في ماله [حالَّة][1]، فأمَّا في غير الأب فإنَّها بتراضيهما مِن تعجيل أو تأخير.

فأمَّا نحن؛ فيتصور على مذهبنا على كلِّ الروايتين:

لأنَّا إنْ قلنا برواية التخيير؛ فإنَّها تجب حالَّة.

وإنْ قلنا: لا تجب إلا بالتراضي؛ فيُتصوَّر إذا عفا بعض الأولياء، فإنَّ لِباقيهم الدية حالَّة في مال الجاني.

ودليلنا:

قوله ﷺ: «مَن قُتل له قتيل فأهله بين خِيرتين: إنْ شاؤوا قتلوا، وإنْ شاؤوا عفوا وأخذوا الدية»[2]؛ وإطلاق هذا يقتضي التعجيل.

ولأنَّه دية عمد محض وجب فيها مال؛ فوجب أنْ تكون حالَّة [و/ 473]، أصله: دية الجائفة والمأمومة والموضِحة؛ حكى الطحاوي أنَّها معجَّلة في

---

(1) زيادة يقتضيها السياق.

(2) رواه البخاري (6880) ومسلم (1355) بمعنى مقارب.

مال الجاني عند أبي حنيفة.

ولأنَّ كلَّ حيوان يجب بقطع أطرافه عمدًا أرشٌ مُعجَّل، وجب أَنْ يكون المبدَل الذي يجب في قتله عمدًا مُعجَّلًا؛ أصله: العبد وسائر الحيوان.

فإن قيل: هذا لا يؤثِّر؛ لأنَّ العبد يستوي فيه العمد والخطأ.

قيل له: هذا مطالبة بعكس[1] لا بعدم تأثير.

ولأنَّ كل إتلاف إذا وجب بدله مِن جنسه وجب معجلًا وجب إذا وجب[2] مِن غير جنسه أَنْ يجب معجلًا؛ أصله: ما يكال ويوزن، لمَّا ثبت أنَّه يجب مثله معجلًا؛ كان إذا تعذر المثل وجب قيمته معجلا؛ كذلك في مسألتنا.

فصلٌ:

فأمَّا إذا اعترف بالعمد فلا تحمِله العاقلة؛ لأنَّ اعترافه به وإن كان آكد في لزومه له مِن البينة فإنَّ البينة أقوى في لزوم الغير، فإذا لم تحمِل العاقلة ذلك مع البينة كان مع الاعتراف أولى.

فأمَّا إذا أقرَّ بقتلٍ خطأ؛ ففيه[3] ثلاث روايات:

أحدُها: أنَّه لا يلزم[4] بإقراره شيء، لا في ماله ولا [في][5] عاقلته.

---

(1) في (ع): (بالعكس).

(2) في (ع): (وجد).

(3) في (ع): (ففيها).

(4) في (ع): (يلزمه).

(5) زيادة من (ع).

والثانية: أنَّ إقراره لوث يوجب القسامة لأوليائه، [فيحلفون][1] ويستحقون الدية على العاقلة.

والثالثة: أنَّ الدية تلزمه في ماله[2].

وذكر شيخنا أبو القاسم -رضي الله عنه- رواية أخرى: أنَّ الدية تفضُّ[3] عليه وعلى عاقلته؛ فما أصابه منها لزمه، وما أصاب العاقلة لم يلزمها.

فوجه قوله: إنَّه لا يلزم بإقراره شيء أصلا:

قوله تعالى: ﴿وَلَا تَكۡسِبُ كُلُّ نَفۡسٍ إِلَّا عَلَيۡهَاۚ﴾ [الأنعام: 164]؛ وهذا أصلٌ في أنَّ قول الإنسان لا يُقبل على غيره، والدية في قتل الخطأ تلزم العاقلة؛ فلو قبلنا إقراره لم نَخلُ مِن أحد أمرين:

إمَّا أنْ تلزمه الدية [39/ب] في ماله؛ فذلك خلاف [موجب][4] الإقرار، لأنَّه لم يقرَّ على نفسه بشيء، وإنَّما أقرَّ على غيره.

وإنْ ألزمنا العاقلة؛ كان في ذلك إلزامُ حقٍّ لغيره[5] بمجرد قوله؛ وهذا ما لا سبيل إليه.

ورُوي عن ابن عباس -رضوان الله عليه- وقد رفعه بعضهم: «لا تحمل

---

(1) في (خ): (فيحلفوا)، والمثبت من (ع).

(2) ينظر: المدونة (4/ 635-636).

(3) الفَضُّ: التفرقة.

(4) في (خ): (فوجب)، والمثبت من (ع).

(5) في (ع): (إلزام لحق غيره).

العاقلة عمدا ولا عبدا[1] ولا صلحا ولا اعترافا»[2].

ووجه قوله: «إنَّ الدية تلزمه في ماله دون عاقلته» -وهو قول أصحاب أبي حنيفة[3]- هو:

أنَّ الأصل في الجناية أنَّها على الجاني، وإنَّما تحملها العاقلة تخفيفًا عنه إذا عُلم ثبوتها مِن غير جهته؛ فإذا اعترف بها وادَّعى أنَّها وقعت على وجه يسقط عنه حكمها ويلزم غيره لم يمتنع منه ادعاؤه على غيره، وحُكِم في ذلك بما[4] يجب في الأصل مِن أخذِ الجاني بجنايته.

وأشبه هذا أَنْ يُقرَّ رجل لورثة رجلٍ بثوبٍ لمَوروثه في يديه[5]، فيقول: «هو له، ولكن هو رهنٌ عندي»، فقد اعترف بأنَّه لهم، وادَّعى أنَّ له حقًّا متعلِّقًا به، فلا يُقبل قوله بادعائه لنفسه.

ووجه قوله: «إنَّ إقراره لوثٌ يُقسِم معه الأولياء»:

[فلأنَّ][6] اللوث هو سبب ينضمُّ إلى دعوى الأولياء يُقوِّي دعواهم، فلمَّا كانوا يُقسِمون مع [دعوى][7] شهادة شاهد أنَّه رأى رجلًا بقرب المقتول،

(1) قوله: (ولا عبدا) ليس في (ع)، وينظر سنن البيهقي الكبرى (16360).

(2) تقدم تخريجه (ص: 253).

(3) ينظر: الأصل: (6/ 558).

(4) في (ع): (فيما).

(5) في (ع): (يده).

(6) في (خ): (فإن)، والمثبت من (ع).

(7) زيادة من (ع).

وعليه آثار القتل والدَّم؛ كان إقرار القاتل أولى.

ووجه قوله: «إنَّ الدية تفضُّ عليه وعلى عاقلته» هو[1]:

أنَّ إقراره تضمَّن إقرارًا على نفسه وعلى غيره، فألزم ما تضمَّن على نفسه، وسقط ما ألزم[2] غيره.

وهذه[3] أضعف الروايات، ويشبه أَنْ تكون عن ابن القاسم -على اختلاف بين أصحابنا- في[4] الجاني يدخل مع العاقلة أم لا، والله أعلم.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله -:

(وتَحمِل مِن جراح الخطأ ما كان بقَدر[5] الثلث فأكثر، وما كان دون الثلث؛ ففي مال الجاني).

قال القاضي -رحمه الله-:

هذا قولنا، وقول الشافعي في القديم.

وقال في الجديد: تحمل القليل والكثير[6].

---

(1) في (ع): (وهو).

(2) في (ع): (لزم).

(3) في (ع): (وهذا).

(4) في (ع): (في أنَّ).

(5) في (ع): (على قدر).

(6) ينظر: المدونة (4/ 573)، والأم (9/ 145)، ونهاية المطلب للجويني (16/ 526-527).

وقال أبو حنيفة: تحمل عقل الموضِحة، وهو نصف عُشْر الدية، وما دون ذلك فعلى الجاني في ماله(1).

واستدل أصحاب الشافعي:

بحديث أبي هريرة: «في المرأتين اللتين اقتتلتا فضربت إحداهما الأخرى بمسطح فقتلتها وما في بطنها؛ فأوجب النبي ﷺ دية [و/474] جنينها على العاقلة»(2)؛ وهذا أقل مِن ثلث الدية.

قالوا: ولأنَّه إجماع الصحابة؛ لأنَّ عليا قال لعمر -رضي الله عنهما- لمَّا قال له في التي [أجهضت ذا بطنها](3): إنَّ عليك الدية؛ فقال عمر: «عزمت عليك إلا قمتَ فقَسَمتَها على قومك»(4)، وكان ذلك بحضرة [الصحابة](5) فلم ينكر أحد عليه.

ولأنَّه قَدْر مِن الدية؛ فأشبه ما زاد على الثلث.

ولأنَّ كلَّ جناية على آدمي لو كانت عمدا وجبت في ماله، فإذا كانت خطأ فعلى عاقلته؛ أصله: جميع الدية.

---

(1) ينظر: شرح مختصر الطحاوي للجصاص (5/ 347).

(2) رواه البخاري (6910) ومسلم (1681[36])، من طريق ابن المسيب وابن أبي سلمة عن أبي هريرة -رضي الله عنه-.

(3) في (ع) ما صورته: (أخبطت خالطتها)، والمثبت من مصادر التخريج.

(4) رواه البيهقي في الكبرى (17550) عن الشافعي بلاغا، و(11673)، من طريق الحسن، به، في سياق طويل، وقال ابن جماعة في تخريج الرافعي [1/ 336/ب]: «هذا منقطع؛ لأن الحسن لم يدرك عمر».

(5) زيادة يقتضيها السياق.

ولأنَّ كل مَن حمل الأرش إذا كثر حَمَلَه إذا قلَّ؛ أصله: مال الجاني في العمد.

ودليلنا:

ما رواه ربيعة: «أنَّ النبي ﷺ عاقل بين قريش والأنصار؛ فجعل على العاقلة ثلث الدية فصاعدا»[1].

ورُوي: «أنَّه ﷺ ألَّف بين معاقل الناس، وكانت بنو ساعدة تعقل [ثلث الدية][2] فما فوقها»[3].

ورَوى بعض أصحابنا -أيضًا-: «تحمل العاقلة ثلث الدية فصاعدًا»[4].

ولقوله ﷺ: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيبِ نفسٍ منه»[5].

ولأنَّ حمل العاقلة لذلك على وجه التخفيف والمواساة، فيُخاف أَنْ يجحف الأداء بمال الجاني؛ وهذا إنَّما يكون في الكثير دون القليل، لأنَّ الدرهم والدرهمين لا مشقة في تكلفها.

---

(1) رواه ابن حزم في المحلى (11/ 53)، من طريق عبد الجبار بن عمر عن ربيعة، بمثله، وأعلَّه بالإرسال.

(2) زيادة من المحلى لابن حزم.

(3) رواه ابن حزم في المحلى (11/ 53)، من طريق يونس بن يزيد عن ربيعة مرفوعا، بمعناه، وأعلَّه بالإرسال.

(4) رواه البيهقي في الكبرى (16385)، من طريق ابن أبي ذئب، عن سليمان بن يسار وسعيد بن المسيب، موقوفا عليهما، بمعناه.

(5) تقدم تخريجه (ص: 48).

ولا سيما على مذهب[1] مَن يقول: «إنَّ الدية تقسم ربع دينار إلى نصف دينار»؛ فإنَّ هذا يحمله واحد، ولا يقال: إنَّ العاقلة تحمله.

فإذا ثبت ذلك؛ فإنَّ الحمل إنَّما هو ممَّا يقع به التخفيف، [واحتيج][2] إلى فصل بين الموضعين وضرب حدٍّ له؛ فلم يبق إلا ما نقوله.

فأمَّا دية الجنين؛ فإنَّما ألزمه النبي ﷺ الجناية في مالِها دون عصبتها.

وما ادعوه مِن الإجماع؛ باطلٌ، وأقرب ما يُردُّ به: أنَّ ما قلناه مرويٌّ عن جماعة مِن التابعين الذين يُعتد بهم في الإجماع لمعاصرتهم الصحابة.

واعتبارهم بالثلث فما زاد؛ خطأ، لأنَّ حمل العاقلة الدية ليس طريقه القياس، وإنَّما هو خارج عن الأصول؛ كالمساقاة والقراض، ولا يجوز استعمال القياس فيه.

ولأنَّ الثلث فمَا زاد؛ في حدِّ الكثرة، وذلك ممَّا يجحف بالجاني، فاحتمل المواساة، واليسيرُ بخلافه.

واعتبارهم الخطأ بالعمد؛ غير صحيح، لأنَّ العمد لا مواساة فيه، بل طريقه العقوبة والتغليظ؛ وليس كذلك الخطأ، لأنَّه على سبيل[3] المواساة والتخفيف، فاقتضى أَنْ يكون المال ممَّا تَحمَّله.

أو نحرره قياسا؛ فنقول: ما يخرج مِن حقوق الأموال على وجه المواساة فاليسير معفو عنه؛ أصله: الزكاة ونفقة الأبوين.

---

(1) في (ع): (ليس على سبيل)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) في (ع): (احتج)، والمثبت أليق بالسياق.

(3) في (ع): (على من مذهب)، والمثبت أليق بالسياق.

واعتبارهم بمال الجاني في العمد؛ باطلٌ، لأنَّه قياس لِما خرج عن الأصول نفسها، وذلك غير صحيح.

ولأنَّ الجاني لا يواسي نفسه، وإنَّما يُواسي غيره؛ فجاز أَنْ يُفرَّق بينهما.

والله أعلم.

فصل:

إذا ثبت أنَّ الذي تحمله العاقلة هو الثلث فدونه؛ فقد اختلف عن مالك -رحمه الله- هل الاعتبار ثلث المجني عليه أم لا؟

فعنه في ذلك روايتان.

إحداهما: أنَّ المُراعى أَنْ يبلغ ثُلث دية المجروح خاصة، وهي رواية أشهب.

والرواية الأخرى: أنَّه إنْ بلغ ثلث دية الجاني أو المجني عليه حملته العاقلة، وهي رواية ابن القاسم[1].

فوجه الأول: ما رويناه: «أنَّه ﷺ جعل على العاقلة ثلث الدية فصاعدا»[2]، وهذا يفيد دية المجروح، لأنَّها هي الواجبة عليهم.

ولأنَّ العاقلة تحمل على الجاني ما وجب عليه، والاعتبار فيما وجب عليه في المجني عليه، لا بِدية الجاني، فكان ذلك هو المعتبر.

ووجه الثانية: أنَّ ثُلث الدية يتعلق به حمل العاقلة؛ أصله: إذا كان ثلث دية المجروح.

---

(1) ينظر: النوادر والزيادات (13/ 495-496).

(2) ينظر ما تقدم (ص: 301).

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(وأمَّا المأمومة والجائفة عمدًا؛ فقال مالك: ذلك على [و/ 475] العاقلة، وقال -أيضًا-: إِنَّ[1] ذلك في مالِه إلا أنْ يكون عَدِيمًا فتحمِله العاقلة؛ لأَنَّهما[2] لا يُقاد مِن عمدهما، وكذلك ما بلغ ثُلث الدية ممَّا لا يُقاد فيه[3]؛ لأنه متلف).

قال القاضي أبو محمد -رحمه الله-:

كان شيخنا أبو القاسم -رحمه الله- يقول: «فيها روايتان، والثالثة: أنَّ الدية في مال الجاني خاصة[4] على كلِّ وجه»[5].

فوجه قوله: (إنَّ الدية على العاقلة): أنَّها جناية استُحِقَّ بها المال بنفسها لمنع القَوَد فيها، فحملتها[6] العاقلة؛ أصله: الخطأ.

وقولنا: «بنفسها»؛ احتراز مِن الصلح في دم العمد، ولا يدخل عليه إذا قطع يد رجل وهو أقطع تلك اليد؛ لأنَّ القَوَد هاهنا ليس لمنعه، لكن لتعذره.

---

(1) قوله: (إنَّ) ليس في (ع).

(2) في (ع): (لأنه مما).

(3) في (ع): (منه).

(4) في (ع): (حاصلة).

(5) ينظر: التفريع (2/ 196-197).

(6) في (ع): (فحملته).

ووجه قوله: (إنَّ الدية في مالِه إلا أنْ يكون عديمًا فيرجع به على العاقلة)؛ فلأنَّ هذا الفعل قد أخذ الواجبُ به شبهًا مِن المال الواجب في العمد وشبهًا مِن الخطأ؛ وشبهه بالعمد أكثر، وهو أنَّه وجب لغير جنس القتل؛ فكان كالصُّلح.

ولأنَّه عمدٌ محضٌ؛ [فأشبه سائر العمد المحض][1].

وشَبَهُه بالخطأ: أنَّ الجناية استُحق بها المال ابتداءً؛ [فأشبه جراح الخطأ][2].

ثمَّ وجدنا شبهه بالعمد أقوى؛ لأنَّ الأصل في الجناية أنَّها على الجاني، لأنَّ الوجه الذي وقع عليه الجراح وتعذَّر القَوَد لا لأجله فإنَّه يوجب المال على الجاني، [كعفو][3] بعض الأولياء.

فلمَّا كان الأمر كذلك؛ وجب أنْ يُبدأ بمال الجاني، فإنْ وَفَّى بالجناية[4] وإلا عُدل إلى[5] العاقلة.

ووجه ما ذكره شيخنا أبو القاسم -رحمه الله-: فلأنَّها جناية عمد؛ فأشبه ما يجب القَوَدُ فيه.

ولأنَّ تعذُّر القَوَدِ في الجناية لا يوجب حمل العاقلة لِمَا يجب بها؛ أصله: إذا كانت الجناية ممَّا يُستحَق بها القَوَد وتعذر ذلك لفقد محلِّه، مثل: أنْ تُقطع

(1) زيادة من (ع).

(2) زيادة من (ع).

(3) في (خ): (بعفو)، والمثبت من (ع).

(4) في (ع): (الجناية).

(5) في (ع): (عن).

يده اليمنى ولا يمين للقاطع؛ فإنَّ هذه جنايةُ عمدٍ يجب بها مالٌ، والقَوَد مُتعذِّر فيها بفقد العضو، ثم الواجب بها يحمله الجاني في مالِه؛ كذلك في مسألتنا.

ولأنَّه أحدُ مُوجبَيْ جناية العمد فلم تَحمِله[1] العاقلة؛ كالقَوَد.

ولأنَّها جناية تعذَّر القَوَد فيها بمعنى يعود إلى غير جنسها؛ أصله: في غيرها مِنَ الجراح إذا عفا بعض الأولياء.

وقولنا: «مِن غير جنسها»، نُريد: أنَّ القَوَد سقط فيها للخوف على النفس، لا لأنَّ جِنسَها لا يوجب القَوَد؛ كما سقط في الأصل لعفو الولي والجنسُ يُوجب.

والفرقُ على هذا القول بينه وبين الخطأ: أنَّ الخطأ يقع مِن غير قصدِ الجاني، ولا يمكنه الاحتراز منه، وربَّما كره ذلك، فكان يُجحف بماله لو أُلزم الدية، فجعل على العاقلة تخفيفا عنه؛ وهذا معدوم في العمد، وحكمُ سائر ما يؤدي إلى التلف غالبا حكمُ ما ذكرناه، والله أعلم.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ولا تَعقِل العاقلة مَن قتل نفسَه عمدًا أو خطأً).

قال القاضي -[رضي الله عنه]-:

وهذا كما قال: إذا جنى الرجل على نفسه فإنَّ جنايته هَدَر، لا نلزم أحدا

---

(1) في (ع): (فلا تحملها).

[بها، وهو][1] قول فقهاء الأمصار.

وحكى أهل الخلاف عن الأوزاعي وأحمد: «أنَّ العاقلة [تحمل][2] عنه في الخطأ»[3].

ودليلنا:

قوله [تعالى]: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ﴾ [النساء: 92]، فوجب الدية على مَن قتل غيره؛ فدلَّ على أنَّها لا تجب بقتل الإنسان نفسَه؛ [أصله: الكفار][4].

وروى [الناس][5] أنَّ عامر بن مالك[6] كان يقاتل الكفار فاعوجَّ سيفه، فقتل نفسه، فقيل: أبْطَل جهادَه، فقال رسول الله ﷺ: «لم يبطل جهاده»[7]، ولم يُنقل أنَّه قضى على عاقلته بشيء[8].

ولأنَّها جناية [على نفسِه فوجب أنْ تكون هَدَرًا؛ أصله: إذا كان عمدا.

(1) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(2) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(3) ينظر: الأوسط (13/ 362)، ومختصر اختلاف العلماء للطحاوي (5/ 114).

(4) زيادة من (ع).

(5) في (خ): (إلياس)، والمثبت أليق بالسياق.

(6) كذا في (خ)، والذي في كتب التراجم: عامر بن سنان المعروف بابن الأكوع.

(7) رواه البخاري (4196) و(6148) و(6891)، ومسلم (1807)، من طريق سلمة بن الأكوع، في سياق طويل.

(8) قوله: (وروى إلياس ... بشيء) ليس في (ع).

ولأنَّ كلَّ جناية][1] عمدُها هَدَرٌ[2] فكذلك خطؤها؛ كالجناية على المرتد.

ولأنَّ العاقلة إنَّما تحمل الدية تخفيفا عنه لئلا يُجحف بماله؛ وذلك يقتضي كونها مُستحَقَّة عليه، ويستحيل أَنْ يَستحِق الإنسان شيئًا على نفسه، وأَنْ تَحمِل العاقلة له.

ولا يجوز أنْ يكون ذلك حقًّا للورثة؛ لأنَّ الورثة إنَّما يرثون الدية عنه، ألا ترى أنَّهم يَقتسمونها على قدر الميراث[3] كسائر ماله، وأنَّه يُقضى منها دينه، وتنفذ منها وصاياه.

والله أعلم. [و/ 476]

مَسۡأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(وتُعاقل المرأةُ الرجلَ إلى ثلث دية الرجل، فإذا بلغتها رجعت إلى عَقلِها).

قال القاضي -رحمه الله-:

هذا قول أصحابنا جميعًا، وهو إجماع أهل المدينة.

وروي عن الفقهاء السبعة[4].

---

(1) زيادة من (ع).

(2) في (ع): (أهدر عمدها).

(3) في (ع): (يقسمونها على قدر المواريث).

(4) ينظر: المدونة (4/ 567)، والنوادر والزيادات (13/ 455-457).

وروي من الصحابة عن[1]: عمر وعلي[2] وزيد بن ثابت[3].

ورُوي عن ابن مسعود أنَّه قال: «يستويان[4] في السن والموضِحة، ويختلفان فيما فوق[5] ذلك»[6].

وذكر ذلك في «الموطأ» عن سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير وابن شهاب[7].

وقال أبو حنيفة والشافعي: كلُّ جراحها وأَرشِها على النصف من الرجل[8].

واستدلوا بقوله ﷺ: «دية المرأة على النصف من دية الرجل»[9]؛ فعمَّ دية

---

(1) في (ع): (وروي عن الصحابة أيضا منهم).

(2) قال ابن المنذر في الأوسط (13/ 165): «فقالت طائفة: دية المرأة على النصف من دية الرجل فيما دق وجل، روي هذا القول عن علي بن أبي طالب» ثم أسند من طريق الشعبي علي أنه كان يقول: «جراحات النساء على النصف من دية الرجل فيما قلَّ أو كثر».

(3) ينظر: الأوسط لابن المنذر (13/ 166-167)، ومصنف عبد الرزاق (17760)، ومصنف ابن أبي شيبة (28069) (28070).

(4) في (ع): (يستويا).

(5) في (ع): (سوى).

(6) ينظر: مصنف عبد الرزاق (17760) ومصنف ابن أبي شيبة (28066).

(7) الموطأ (3162).

(8) ينظر: شرح مختصر الطحاوي للجصاص (6/ 10)، والأم (7/ 261).

(9) رواه البيهقي في الكبرى (16305) من حديث معاذ، وقال: «فيه ضعف». قال ابن حجر في التلخيص الحبير (5/ 2636-2637): «هذه الجملة ليست في حديث عمرو بن حزم الطويل، وإنما أخرجها البيهقي من حديث معاذ بن جبل، وقال: إسناده لا يثبت مثله».

النَّفْسِ والأعضاء.

ولأنَّه أرشٌ مُقدَّر؛ فوجب أنْ تكون المرأة على النصف مِن الرجل؛ أصله: ما فوق الثلث.

ولأنَّ كلَّ شخص لا يساوي شخصًا في دية نفسه لم يساوه[1] في دية أعضائه؛ أصله: الكافر والمسلم.

ولأنَّ الأصول موضوعة على أنَّ كثرة الجناية توجب كثرة العقل، وما يقولونه خلافها.

ودليلنا:

أنَّ ذلك إجماع أهل المدينة نقلًا وعملًا متواترًا بينهم؛ لأنَّه ليس طريقه الاجتهاد فيقال إنَّ اجتهادهم واجتهاد غيرهم سواء.

ويدلُّ على ذلك:

قول سعيد بن المسيب: لمَّا قال ربيعة له: «أحين عظمت مصيبتها وكثر جرحها نقص عقلها[2]؟! قال: أعِراقيٌّ أنت؟ قال: فقلتُ: لا؛ بل عالم مُتثبِّت أو جاهل مُتعلِّم؛ فقال: هي السُّنَّة يا ابن أخي».

رواه مالك عن ربيعة؛ قال: «سألت سعيد بن المسيب كم في أصبع المرأة؟ فقال: عشر من الإبل، فقلت: فكم في أصبعين؟ فقال: عشرون مِن الإبل، فقلت: فكم في ثلاث أصابع؟ فقال: ثلاثون مِن الإبل؛ فقلت: كم في أربع

(1) في (ع): (لم يساويه).

(2) في (ع): (مصيبتنا)، (جرحنا)، (عقلنا).

أصابع؟ فقال: عشرون مِن الإبل؛ فقلت: أَحِينَ عَظُم جرحها واشتدت[1] مصيبتها قلَّ عقلها؟! فقال سعيد: أَعِراقيٌّ أنت؟ فقلت: لا؛ بل عالم متثبت أو جاهل متعلم؛ فقال سعيد: هي السُّنَّة يا ابن أخي»[2].

وهذا الضرب مِن إجماعهم ممَّا لا خلاف[3] بين أصحابنا في أنَّه حُجَّة يَحرُم خلافه.

وقد دلَّلنا على ذلك فيما تقدَّم مِن الكتاب.

وإِنْ سلكنا غير هذا الطريق في الاستدلال جاز:

وهو ما رُوي أنَّ النبي ﷺ قال: «وفي كل أصبع ممَّا هنالك[4] عشر من الإبل»[5]؛ فعمَّ.

ورَوى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدِّه أنَّ رسول الله ﷺ قال: «تُعاقِل المرأة الرجل إلى ثلث ديتها»[6].

---

(1) في (ع): (واشتد).

(2) الموطأ (3195).

(3) في (ع): (لا خلاف فيه).

(4) في (ع): (هناك).

(5) قطعة من حديث عمرو بن حزم الطويل، رواه النسائي (4853) (4857) والبيهقي في الكبرى (16272) (7255).

(6) رواه النسائي (4805)، من طريق إسماعيل بن عياش عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب، به، بمعناه. وقال ابن عبد الهادي في التنقيح (4/ 519): «ابن جريج حجازي، وإسماعيل بن عياش ضعيف في روايته عن الحجازيين».

ورُوِي: «إلى ثلث ديته»[1].

ولأنَّ كلَّ جناية قصُرت عن ثلث الدية فإنَّ الذَّكر والأنثى يستويان[2] فيها؛ أصله: ديةُ الجنين.

ولأنَّ الأصول موضوعةٌ على أنَّ كلَّ فرضٍ مُتقدِّر مِن المال وجب[3] بالموت فإنَّ الأنثى تساوي الذكر في اليسير؛ أصله: السدس للأخ[4] مِن الأم.

فأمَّا الخبر: فلا تعلُّق لهم فيه؛ لأنَّ الدية إذا أُطلقت فإنَّما تتناول دية النفس، فأمَّا دية كلِّ عضو فلا تُعقل إلا إذا أُقيد بذِكره.

وقولهم: «إنَّه أرش مُقدَّر»؛ ينتقض بدية الجنين، ولأنَّ ما زاد على الثلث قدرٌ لا يلزم في دية الجنين، [وليس كذلك ما دونه.

وأما الكافر؛ فالعلة فيه: أنَّه ممَّن لا يُقتصُّ له مِن المسلم][5]، وليس كذلك المرأة؛ لأنَّ نقصَ ديتها لا يَمنَع أَنْ يُقتَصَّ[6] لها منه.

وبالله التوفيق.

---

(1) رواه عبد الرزاق في المصنف (17751)، من طريق ربيعة عن سعيد بن المسيب قوله، وقال ربيعة: «ولم أسمعه ينصُّه إلى أحد».

(2) في (ع): (متساويان).

(3) في (ع): (مقدر من المال موجب وجب).

(4) في (ع): (من الأخ).

(5) زيادة من (ع).

(6) في (ع): (ينقص).

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله -:

(والنَّفرُ يَقتلون رَجُلا فإنَّهم[1] يُقتلون به).

قال القاضي -رحمه الله-:

هذا قولنا، وقول فقهاء الأمصار[2].

وحُكي عن أُبَيٍّ ومعاذ[3]: أنَّ الجماعة إذا قتلوا الواحد قُتل واحدٌ منهم، يختاره أولياء الدم.

وقال داود: لا تُقتل الجماعة بالواحد، وتؤخذ منهم الدية[4]؛ لقوله [تعالى]: ﴿ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ﴾ [المائدة: 45]؛ فدلَّ على أنَّ النَّفسَيْن لا تُؤخذان بنَفْسٍ [واحدة][5].

وقوله: «لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث»؛ فذكر: «أو قتل نفسا[6] بغير نفس»[7]؛ وهذا لم يقتل نفسًا.

---

(1) قوله: (فإنهم) ليس في (ع).

(2) ينظر: الأوسط (13/ 66).

(3) ينظر: الأوسط (13/ 66-67)، وليس فيه نقل عن أبي بن كعب، ونقل ابن أبي شيبة في المصنف (14/ 235) هذا الرأي عن معاذ بن جبل وابن الزبير وعبد الملك وحبيب بن أبي ثابت ومحمد ابن سيرين.

(4) ينظر: الحاوي الكبير (12/ 27).

(5) زيادة من (ع).

(6) في (ع): (وقتل نفس).

(7) رواه البخاري (6878) ومسلم (1676)، بنحوه.

واعتبارًا بقتل الخطأ؛ لمَّا لم تؤخذ منهم دية كاملة، كذلك لا يقتل كلُّ واحد منهم في العمد.

ودليلنا:

قوله -عزَّ وجلَّ-: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ يَٰأُولِي الْأَلْبَٰبِ﴾ [البقرة:179].

ولو لم تُقتل الجماعة بالواحد لزَال معنى الردع، وكان في ذلك إغراء بالدماء؛ لأنَّ مَن يريد قتل غيره [و/477] ويخاف أَنْ يُقتَل به يُشارك غيره في قتله.

وقوله: «العمد قوَد كلُّه[1]»[2].

وقوله: «مَن قُتل له قتيل فأهله بين خيرتين: إنْ شاؤوا قتلوا»[3]؛ ففيه دليلان:

أحدهما: قوله: «من قُتل له قتيل»؛ وهو عامٌّ في كِّل مَن قُتل له وليٌّ، سواء قتله واحد أو جماعة.

والآخر: قوله: «إن شاؤوا قتلوا»؛ وهذا -أيضًا- عامٌّ، ومثبتٌ لهم حقَّ القتل.

ومَن خالفنا يقول: «لا[4] حقَّ لهم في القتل على وجه».

ولأنَّه إجماع الصحابة.

---

(1) في (ع): (كله قود).

(2) تقدم تخريجه (ص: 169).

(3) رواه البخاري (6880) ومسلم (1355) بنحوه.

(4) في (ع): (أنْ لا).

ورُوي عن عمر -رضي الله عنه-: أنَّه [قتل][1] سبعة بواحد، وقال: «لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم به»[2].

وعن[3] علي -رضي الله عنه-: «أنَّه قتل ثلاثة بواحد»[4].

وعن ابن عباس أنَّه قال: «تُقتل المائة بالواحد»[5].

ولا خلاف عليهم في ذلك.

ولأنَّ خروج الروح لا يتبعَّض؛ لامتناع أن يقال: إنَّ خروج الروح كان على[6] فعل واحد دون غيره؛ فلم يبق إلا أنْ يُحكم بأنَّ خروج الروح كان عند فعل كلِّ واحد، وذلك يقتضي إضافة القتل إلى كلِّ واحد كإضافته إلى الآخر.

ولأنَّ فعل كلِّ واحد عمد محضٌ يجوز خروج الروح عنده؛ فأشبه إذا انفرد.

فإن قالوا: لا نُسلِّم أنَّه قاتل نفس.

قلنا[7]: إذا ثبت أنَّ الجماعة قَتلتْه[8]؛ اتصف كلُّ واحد [منهم][9] بما يتصف

---

(1) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(2) رواه مالك في الموطأ (3246)، عن سعيد بن المسيب به، بنحوه، وذكره البخاري ضمن ترجمة باب مسندا (6896)، من طريق نافع عن ابن عمر، به، مختصرا.

(3) في (ع): (ورُوي عن).

(4) ينظر: مصنف عبد الرزاق (18078)، ومصنف ابن أبي شيبة (28269).

(5) ينظر: مصنف عبد الرزاق (18082).

(6) في (ع): (عن).

(7) في (ع): (قيل لهم).

(8) في (ع): (قتلت).

(9) زيادة من (ع).

به الباقون، إذ كان محالا أنْ يكون مقتول لا لقاتل.

فأمَّا قوله: ﴿ٱلنَّفۡسَ بِٱلنَّفۡسِ﴾ [المائدة:45] [فإنه][1] يوجِب أَنْ تُؤخَذ نَفسٌ بنفس المقتول، وهم يقولون: لا تؤخذ به نفسٌ أصلا.

وعلى أنَّ «النفس» -هاهنا- المراد بها الجنس، كأنَّه قال: النفس تؤخذ [بمثلها، ولا][2] تؤخذ بما دونها؛ ألا ترى أنَّه فسره بأنَّ كل[3] جنس يؤخذ بجنسه.

[والخبر -أيضًا-][4] دليلنا؛ لأنَّه قاتل نفس.

[ولأنَّ][5] كلَّ واحد [من القتلة يتصف بذلك.

ويُبيِّن ما] قلناه:

أنَّ القتل عبارة عن بعض[6] البنية التي [يكون خروج الروح عنده، وكلُّ] واحد منهم قد جُعل فيه هذا المعنى.

[والفرق بين القوَد والدية:

أنَّ الدية] تتبعض وتنقسم؛ فجاز أنْ تقسط على عدد [القاتلين.

والقود لا يتبعض؛ فلم] يختص بعض القاتلين دون بعض.

---

(1) في (خ): (لأنه)، وليست في (ع)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(3) في (ع): (قيده بكل).

(4) طمس في (خ) في مواضع، والمثبت من (ع)، واكتفي بوضعه بين معقوفين.

(5) زيادة من (ع).

(6) في (ع): (نقض).

ألا ترى أنَّ القطع في السرقة لمَّا لم يتبعض استوى فيه الحر والعبد.

والله أعلم.

مَسْألَةٌ

قال -رحمه الله-:

(والسَّكران إذا[1] قَتَل قُتل).

قال القاضي -رحمه الله-:

هذا لأنَّ القلم غير مرفوع عنه لسكره؛ فوجب أنْ يؤاخذ[2] بجميع أفعاله.

ولأنَّه ممَّن يلزمه الطلاق، [ويُحدُّ بزناه]؛ فكان ممَّن يُقاد بقَتله؛ أصله: الصاحي[3].

مَسْألَةٌ

قال -رحمه الله-:

(وإنْ قتل المجنون رجلًا؛ فالدية على عاقلته).

قال القاضي -[رحمه الله]-:

وهذا لأنَّ المجنون [لا قصد له] فعمده خطأ؛ فكانت الدية على عاقلته، بخلاف السكران؛ لأنَّ المجنون ممَّن [رُفع] القلم عنه، والسكران بخلافه.

---

(1) في (ع): (إن).

(2) في (ع): (يؤخذ).

(3) نقله عن المصنف الهسكوري في «شرح الرسالة» [99/أ] والفاكهاني في «التحرير والتحبير» (5/ 480).

ولأنَّه معذور، لا صُنع له في ذهاب عقله؛ فكذلك فيما يكون عن ذهاب عقله، وليس كذلك السكران؛ لأنَّه غير معذور بذهابِ عقله، لأنَّه أدخله على نفسه بما رَكِبه فيه مِن المعصية والفسق؛ فكان مؤاخذا بما حدث عنه.

ورَوى مالك عن يحيى بن سعيد: أنَّ مروان بن [عبد][1] الحكم كتب إلى معاوية [بن أبي سفيان][2] يُعلمه أنَّه أُتي بمجنون قد قَتَل رجلًا، فكتب إليه معاوية: «أن اعقله، ولا تُقِد منه، فإنَّه ليس على مجنون قَوَد»[3].

ورَوى عن يحيى بن سعيد: أنَّه بلغه أنَّ مروان كتب إلى معاوية أنَّه أُتي بسكران قد قَتَل رجلا؛ فكتب إليه معاوية: «أن [اقتله][4] به»[5].

قال مالكٌ: وبلغني عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار: أنَّهما سُئلا [عن][6] طلاق السكران، فقالا: «إذا طلَّق السكران جاز طلاقه، وإن قَتَل قُتل به»[7].

وبالله التوفيق.

---

(1) زيادة من (ع).

(2) زيادة من (ع).

(3) ينظر: الموطأ (3146).

(4) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(5) ينظر: الموطأ برواية أبي مصعب (2329)، وهو في رواية يحيى (3255) دون قوله: (عن يحيى ابن سعيد).

(6) خرم في (خ)، والمثبت من (ع).

(7) ينظر: الموطأ (2185).

مسألة

قال -رحمه الله-:

(وعمدُ الصبي كالخطأ، وذلك على عاقلته إنْ كان ثلث الدية فأكثر، وإلَّا ففي ماله).

قال القاضي -[رحمه الله]-:

هذا قولنا، وقول أبي حنيفة[1].

وللشافعي قولان:

أحدهما: مثل قولنا.

والآخر: أنَّ عمده عمد[2].

وفائدة الخلاف:

أنَّه إذا كان عمدًا كانت الدية في ماله دون عاقلته.

ودليلنا:

قوله ﷺ: «رُفع القلم عن ثلاثة» فذكر: «الصبي [و/ 478] حتى يحتلم»[3]،

---

(1) ينظر: النوادر والزيادات (13/ 505)، والأصل (7/ 14-15).

(2) ينظر: الحاوي الكبير (12/ 130).

(3) رواه أبوداود (4398)، والترمذي (1423)، والنسائي (3432)، وابن ماجه (2041)، قال ابن رجب في فتح الباري (8/ 22 - 23): «في ذلك أحاديث متعددة منها عن النبي ﷺ، خرجه الإمام أحمد وأبو داود والترمذي والنسائي، وقد اختلف في رفعه ووقفه، ورجح الترمذي والنسائي والدارقطني وغيرهم وقفه على عمر وعلى علي من قولهما، وله طرق عن علي.

ومنها: عن عائشة، عن النبي ﷺ... ، خرجه أبو داود وابن حبان في «صحيحه» من رواية حماد بن =

ورَفعُ القلم ينفي أنْ يتعلق بقصده حكم؛ كقصد البهيمة.

ولأنَّه لو كان لعمده حكمُ العمد لوجب أنْ يَجِب القَوَد عليه؛ كالبالغ.

ولأنَّه ممَّن لا يلزمه حدٌّ ولا وعيد، فكان حكم عمده وخطئه سواء؛ أصله: المجنون.

ولأنَّ صريح العمد يوجب القَوَد؛ فلو صحَّ على الصبي القَوَد بوجهٍ ما لوجب عليه القَوَد بوجه ما.

[فأما][1] تفريقُه بين الثلث وما دونه؛ فقد ذكرناه فيما تقدم[2].

مَسألَةٌ

قال -رحمه الله-:

(وتُقتل المرأة بالرَّجُلِ والرَّجُلُ بها).

قال القاضي -رحمه الله-:

وهذا كما قال؛ القصاص جارٍ[3] بين الرجال والنساء لبعضهم مِن بعض؛ فيُقتل الرجل بالمرأة والمرأة بالرجل، ولا شيء لواحد منهما على الآخر مِن

سلمة عن حماد بن أبي سليمان عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة، وقال النسائي: ليس في هذا الباب صحيح إلاحديث عائشة؛ فإنه حسن، ونقل الترمذي في «علله» عن البخاري، أنه قال: أرجو أن يكون محفوظا، قيل له: رواه غير حماد؟ قال: لا أعلمه، وقال ابن معين: ليس يرويه أحد إلا حماد بن سلمة عن حماد، وقال ابن المنذر: هو ثابت عن النبي ﷺ».

(1) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(2) ينظر ما تقدم (ص: 217).

(3) في (ع): (جائز).

جُبران بدية أو غيرها.

هذا قولنا، وقول فقهاء الأمصار[1].

وذكر أهل الخلاف عن علي -رضي الله عنه- وابن مسعود أنَّهما قالا: «لا يقتل بها إلا أنْ يؤدي ولي المرأة نصف الدية»[2].

ودليلنا:

قوله تعالى: ﴿ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ﴾ [المائدة: 45].

وقوله: «والعمد قود كله[3]»[4].

وقوله [ﷺ]: «إن شاؤوا قتلوا»[5]؛ فعمَّ.

ولأنَّهما شخصان متساويان في الحُرمة والدِّين؛ فكان القصاص جاريا[6] بينهما كالرجلين والمرأتين.

ولأنَّ القصاص لو لم يكن جاريا بينهما لم يجز ثبوته ببذل نصف الدية، لامتناع أنْ يُستحق [قتل الإنسان][7] ببذل المال له.

---

(1) ينظر: النوادر والزيادات (13/ 541-542)، والأوسط (13/ 43-44).

(2) ينظر: مصنف ابن أبي شيبة (28054) وتفسير الطبري (3/ 99)، والأوسط لابن المنذر (13/ 44)، وفيه: «وقد روينا عن علي بن أبي طالب رواية لا أحسبها تثبت»، وأما ابن مسعود فلم أجد الرواية عنه فيما بين يدي من مراجع

(3) في (ع): (كله قود).

(4) تقدم تخريجه (ص: 169).

(5) رواه البخاري (6880) ومسلم (1355) بمعنى مقارب.

(6) في (ع): (جار).

(7) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

ولأنَّ كلَّ مَن كان له أنْ يَقتَصَّ مِن قاتله إذا كان [أنثى، كان له أنْ يقتص مِن قاتله إذا كان][1] ذكرا؛ أصله: [الرجل][2].

فإن قيل: إنَّ نفس الرجل مُقوَّمَة بمثلَي ما تُقوَّم به نفس المرأة؛ فلم يجز [استيفاء][3] المِثلين بالمثل الواحد؛ اعتبارا بالأموال.

قيل له: التفاضل في الديات وأبدال [النفس][4] في القتل لا اعتبار به في باب القصاص؛ ألا ترى أنَّ القصاص ثبتَ[5] للمجوسي على الكتابي وإن تفاضلا في الدية، وكذلك يُقتل العبد الذي قيمته [ألفٌ][6] بالعبد الذي قيمته عشرة آلاف؛ وكذلك حكم الرجل والمرأة، والله أعلم.

مَسْألَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ويُقتَصُّ لبعضهم مِن بعضٍ في الجراح).

قال القاضي -رحمه الله-:

وهذا كما قال؛ القصاص جارٍ بين الرجال والنساء في النفس وما دونها.

وبه قال الشافعي[7].

---

(1) زيادة من (ع).

(2) خرم في (خ)، والمثبت من (ع).

(3) خرم في (خ)، والمثبت من (ع).

(4) خرم في (خ)، والمثبت من (ع).

(5) في (ع): (يثبت).

(6) زيادة من (ع).

(7) ينظر: النوادر والزيادات (13/ 541-542)، والأم (7/ 133).

وقال أبو حنيفة: «لا قصاص بينهما فيما دون النفس، فلا تُقطع يد المرأة بيد الرجل، ولا يَدُ الرجل بيدها»[1].

قالوا: لأنَّ المساواة معتبرة في النفس.

[ودليله: أَخْذ][2] النفس الصحيحة بالسقيمة، ومنع قطع اليد الصحيحة بالشلاء؛ وإذا كان التساوي معتبرا في الأطراف، فأطراف المرأة غير مساوية[3] لأطراف الرجل لتفاضلها في الدية؛ فوجب ألَّا يؤخذ بها قصاصا.

ولأنَّ ضمان الأطراف ضمانُ مال، بدلالة[4] سقوط الكفارة فيها، وضمان الأموال يُراعى فيها التماثل.

ودليلنا:

قوله تعالى: ﴿وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ وَٱلْأَنفَ بِٱلْأَنفِ﴾ [المائدة: 45].

وقوله عَقيبه: ﴿وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ [المائدة: 45].

ولأنَّ كل شخصين جرى القصاص بينهما في النفس؛ فكذلك فيما دونها، كالرجلين والمرأتين.

ولأنَّه نوع مِن القصاص؛ فأشبه القتل.

فأما استدلالهم؛ فغير مُسلَّم، لأنَّ المساواة معتبرة في النفس والأطراف عندنا.

---

(1) ينظر: الأصل (6/ 574).

(2) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(3) في (ع): (متساوية).

(4) في (ع): (بدليل).

[وقياس][1] النفسِ المريضة بالصحيحة؛ اليدُ المريضة [بالصحيحة][2]، فأما الشلاء فهي ميتة، والحي لا يؤخذ بالميت.

وتفاضلهما في الدية؛ لا عبرة به، لأنَّ أهل الدية يتفاضلون في الديات، ويجري القصاص بينهم في النفوس والأطراف.

وكذلك تقارب العبد في القيم.

ثُمَّ لو ثبت اعتبار ذلك؛ لم يُمنع أخذُ الناقص بالكامل.

وقولهم: «إنَّ ضمان الأطراف ضمان مال»؛ غير صحيح، بل ضمان الأنفس، بدلالة ثبوت القصاص فيما بين الرجلين والمرأتين، وأنَّ العاقلة تحمل ديتها، وبالله التوفيق.

مَسۡأَلَةٌ

[و/ 479] **قال -رحمه الله-:**

(ولا يُقتل حُرٌّ بعبد، ويُقتَل به العبدُ).

قال القاضي -رحمه الله-:

هذا قولنا وقول الشافعي[3].

وقال أبو حنيفة: يقتل بعبدِ غيرِه[4].

---

(1) في (خ): (وروي أنَّ)، والمثبت من (ع)، وهو أليق بالسياق.

(2) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(3) ينظر: النوادر والزيادات (13/ 543)، ومختصر المزني (ص: 312-313).

(4) ينظر: مختصر اختلاف العلماء للطحاوي (5/ 150).

ولا خلاف بين أهل العلم أنَّه لا قصاص بينهما في الأطراف[1]، ولأنَّ العبد بخلافه.

واستدل أصحاب أبي حنيفة: بأنَّ دم العبد مكافٍ لدم الحر:

بدليل قوله ﷺ: «المؤمنون تتكافأ دماؤهم»[2]؛ فاعتبر الإيمان دون الحرية، وإذا ثبت أنَّ دم العبد يكافئ دم الحر، ثبت جواز القَوَد به.

ولأنَّ كلَّ مَن يقاد به العبد؛ فإنَّه يُقاد به الحر.

ولأنَّ الرِّق سبب لثبوت الولاية عليه، وذلك لا يمنع بأن يُقتل به مَن لا وَلاية عليه؛ كالصغير والمجنون.

ودليلنا:

ما رَوى عمرو بن دينار عن ابن عباس: أنَّ رسول الله ﷺ قال: «لا يُقتل حر بعبد»[3]، وهذا نصٌّ.

ولأنَّه ناقصٌ بالرقِّ، فلم يُقتل الحر به؛ أصله: إذا كان مملوكا لقاتله.

فإنْ [قيل][4]: المعنى فيه: إذا كان عبدا لقاتله أنَّ السيد وليُّ الدم فلا يستحق وَلاية على نفسه.

قيل: لا يمنع أَنْ يكون وليُّ الدم إذا كان القاتل غيره؛ فأمَّا إذا كان هو القاتلَ

---

(1) ينظر: الأوسط (13/ 52).

(2) تقدم تخريجه (ص: 245).

(3) رواه الدارقطني (3252)، ومن طريقه البيهقي في الكبرى (15939)، من طريق الضحاك عن ابن عباس، وقال ابن حجر في التلخيص الحبير (5/ 2608): «فيه جويبر وغيره من المتروكين».

(4) في (ع): (كان)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

خرج عن الوَلاية، واستحقَّها غيره؛ كالأخ يقتلُ أخاه وابنُ العم يكون وليَّ الدَّم، [ولو][1] كان القاتل غير الأخ لكان الأخ ولي الدم.

[ولأنَّه][2] نوع مِن القصاص فلم يستحقه العبد على الحر؛ أصله: القصاص في الأطراف، كان بأَنْ لا يثبت ذلك له في النفس أولى.

وإذا ثبت هذا؛ فادِّعاؤهم أنَّ دم العبد مكافئ لدم الحر غير مسلَّمٍ، لاختلافهم في الحُرم، والتساوي في الحُرم مشروط في تكافؤ الدماء؛ بدليل أنَّ ذلك في السيد وعبد نفسه معتبر.

وقياسُهم لا يصحُّ؛ لأنَّ وجود القَوَد له على العبد لتكافؤ الدماء؛ فلا يجعل ذلك عليه في ثبوت القَوَد له على مَن لا يكافئ دمه، ألا ترى أنَّ ذلك يبطل بعبد نفسه.

والاستدلال غير صحيح؛ لأنَّا نحن لا نُعلِّل نفيَ القصاص للعبد على الحرِّ بأنَّ الرقَّ للوَلاية سبب، ولا للولاية تأثير في هذا الباب على وجه؛ وإنَّما نُعلِّله بعدم تكافؤ الدماء لنقصانه عنه في الحرمة وامتناع القصاص في الأطراف، والله أعلم.

فصل:

وأمَّا مَن ذهب إلى أنَّه يُقتل بعبدِ نفسه؛ فاحتج بقوله ﷺ: «مَن قتل عبده قتلناه»[3].

(1) في (ع): (لو)، والمثبت أليق بالسياق.

(2) في (ع): (لأنه)، والمثبت أليق بالسياق.

(3) رواه أبو داود (4515) والترمذي (1414) والنسائي (4738) وابن ماجه (2663)، من طريق =

والتعلُّق بهذا غير صحيح؛ لأنَّه واردٌ على سبب التغليظ لا على الحقيقة.

أو نحملُه على مَن كان عبده فأعتَقَه وسمَّاه عبدَه استصحابا للاسم المتقدم؛ كما قال لبلال: «إنَّ العبد نام»[1].

والدليل على هذه الجملة: ما قدمناه.

وقوله: «لا يُقتل حر بعبد»[2].

ولأنَّه أتلف على نفسه حيوانا يملكه؛ كالدابة وغيرها.

وتكون فائدة الخبر أنَّ ثبوت الدية عليه لا يمنع أَنْ يُقتل به وإن كان مِن أحكام الرقِّ، والله أعلم.

فصل:

فأمَّا قوله: (ويُقاد العبد به)؛ فلأنَّ دمَ الحر مكافئ لدم العبد فيُقتل العبد به،

الحسن عن سمرة به، في سياق أتمَّ منه، وقال الترمذي: «هذا حديث حسن غريب»، وقال البيهقي في الكبرى (8/ 64-65): «قال قتادة: ثم إنَّ الحسن نسي هذا الحديث قال: لا يقتل حر بعبد»، قال البيهقي: «يشبه أن يكون الحسن لم ينس الحديث، لكن رغب عنه لضعفه. وأكثر أهل العلم بالحديث رغبوا عن رواية الحسن عن سمرة، وذهب بعضهم إلى أنه لم يسمع منه غير حديث العقيقة»، قال: «عن شعبة، قال: لم يسمع الحسن من سمرة، قال: وسمعت يحيى بن معين يقول: لم يسمع الحسن من سمرة شيئا، هو كتاب، قال يحيى في حديث الحسن عن سمرة: من قتل عبده قتلناه: ذاك في سماع البغداديين، ولم يسمع الحسن من سمرة، وأما علي بن المديني فكان يثبت سماع الحسن من سمرة، والله أعلم».

(1) رواه أبو داود (532)، من طريق حماد بن سلمة عن أيوب عن نافع عن ابن عمر، في سياق أتمَّ منه. وقال: «وهذا الحديث لم يروه عن أيوب إلا حماد بن سلمة»، وقال ابن حجر في التلخيص الحبير (2/ 496): «قال علي بن المديني: هو غير محفوظ، أخطأ فيه حماد بن سلمة».

(2) تقدم تخريجه قريبا (ص: 325).

ودم العبد غير مكافئ لدم الحر؛ فلذلك لم يُقتل الحرُّ به، والله أعلم.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ولا يُقتل مسلم بكافر، [ويُقتل][1] الكافر به[2]).

قال القاضي -رحمه الله-:

وهذا كما قال: لا يجب لكافرٍ قصاصٌ [على][3] مسلمٍ بوجه.

هذا قولنا، وقول الشافعي[4].

ورُوي عن عمر وعثمان وعلي وزيد بن ثابت[5].

وذهب أبو حنيفة: إلى أنَّ المسلم يُقتل بالذمي كتابيًا كان أو مجوسيًا، ولا يُقتل بالمستأمن؛ لأنَّه عنده بمنزلة الكافر الحربي[6].

والأصل [فيه][7]:

ما رَوى ابن [البَيْلماني][8]: «أنَّ النبي ﷺ أقاد مسلمًا بذمِّي»، وقال: «أنا

---

(1) خرم في (خ)، والمثبت من (ع).

(2) في (ع): (به الكافر).

(3) خرم في (خ)، والمثبت من (ع).

(4) ينظر: النوادر والزيادات (13/ 543)، والأم (9/ 134).

(5) ينظر: الأوسط لابن المنذر (13/ 53-54).

(6) ينظر: شرح معاني الآثار (3/ 192-196).

(7) في (خ): (في)، والمثبت من (ع).

(8) في (خ): (السلماني)، وفي (ع): (التلمساني)، والمثبت من مصادر التخريج.

أحقُّ مَن وفَّى بذمته»[1].

ورُوي: أنَّ عمرو بن أمية الضمري قَتل مشركا؛ فأقاده النبي ﷺ[2].

ولأنَّ كلَّ مَن جاز أنْ يُقاد به أهل مِلته جاز أنْ يُقاد به غير أهل ملته؛ كالمسلم. [و/ 480]

ولأنَّه لو سرق منه لقطع، فجاز أنْ يثبت[3] له القَوَد عليه؛ كالمسلم.

ولأنَّ حرمة النفس آكد مِن حرمة المال، فإذا كان المسلم يُقطع في أخذ مال الكتابي؛ كان بأنْ يُقتل به أولى.

ولأنَّ كل دين لا يمنع القصاص إذا انتقل إليه فلا يمنعه ابتداءً؛ أصله: الارتداد، بيان ذلك: أنَّ الذميَّ إذا قتل ذميًّا ثمَّ أسلم لم يسقط عنه القصاص، وكذلك المُسلم إذا قتل مسلما ثم ارتد.

ودليلنا:

قوله تعالى: ﴿وَلَن يَجۡعَلَ ٱللَّهُ لِلۡكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلۡمُؤۡمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء:141]؛ وفي إثباتنا القصاص لهم على المسلمين إثبات أعظم السبيل لهم [عليهم][4].

---

(1) رواه الدارقطني في سننه (3260)، من طريق ربيعة عن عبد الرحمن بن البيلماني، به، بمعناه، وقال ابن الملقن في البدر المنير (8/ 368): «قال أبو عبيد: هذا حديث ليس بمسند، ولا يجعل مثله إماما تسقط به دماء المسلمين، وقال الدارقطني: والصواب عن ربيعة عن ابن البيلماني عن النبي ﷺ مرسلا، وابن البيلماني ضعيف لا تقوم بمثله حجة إذا وصل الحديث، فكيف بما يرسله، وما أحسن قول الإمام أحمد بن حنبل: من حكم بحديث ابن البيلماني فهو عندي مخطئ».

(2) ينظر ما تقدم (ص: 257).

(3) في (ع): (نثبت).

(4) في (خ): (عليه)، والمثبت من (ع).

وروى[1] علي بن أبي طالب -كرم الله وجهه[2]- عن النبي ﷺ أنَّه[3] قال: «لا يُقتل مسلم بكافر»[4]؛ وهذا نصٌّ.

ورَوى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: أنَّ النَّبي ﷺ قال: «المؤمنون تتكافؤ دماؤهم، وهم يد على من سواهم، لا يقتل مؤمن بكافر، ولا ذو عهد في عهده»[5]، ففي هذا ثلاثة أدلة:

أحدها: قوله: «المؤمنون تتكافؤ دماؤهم»؛ فعلَّق ذلك بتساويهم في الإيمان؛ فاقتضى أنَّ دم غير المؤمنين لا يكافئ دمَ المؤمنين.

والثاني: [قوله][6]: «وهم يد على مَن سواهم»؛ وهذا نفي[7] [إثبات][8] يد أهل الذمة عليهم، وفي إيجاب القَوَد للذمي على المسلم إثبات يدٍ عليه.

والثالث: قوله: «لا يقتل مسلم بكافر»؛ وهذا نصٌّ.

فإن قالوا: المراد بالكافر -هاهنا- الحربي أو المستأمن لا الذمي؛ لأنَّه عطف عليه ما أوجب قصره على ذلك، وهو قوله: «ولا ذو عهد في عهده»، وهذا لا يستقل بنفسه دون إضمار معنى فيه، وذلك المضمر[9] هو المظهر في

(1) في (ع): (وروي عن).

(2) في (ع): (رضي الله عنه).

(3) قوله: (وهم) ليس في (ع).

(4) رواه البخاري (6915).

(5) رواه أبو داود (2751)، وحسن إسناده ابن حجر في فتح الباري (12/ 261).

(6) في (خ): (قولهم)، والمثبت من (ع).

(7) في (ع): (ينفي).

(8) خرم في (خ)، والمثبت من (ع).

(9) في (ع): (الضمير).

المعطوف عليه؛ لأنَّ حكم العطف حكم المعطوف عليه، فكأنَّه قال: ولا ذو عهد في عهده بكافر؛ وموجب هذا[1] أنَّ الكافر المشار إليه في أحدهما هو المراد في الآخر.

فإذا تقرر هذا؛ وثبت أنَّ الكافر الذي لا يقتل به الذمي هو الحربي والمستأمن دون الذمي؛ علمنا أنَّ ذلك هو المراد بقوله: «لا يقتل مؤمن بكافر»، وأنَّ الذمي غير داخل فيه.

فالجواب: أنَّ الكلام إذا افتقر إلى إضمار لم يُضمر فيه إلا القدر الذي يستقيم به معه معناه، وهذا [يحصل][2] متى أضمرنا أنَّه أراد: «ولا يقتل ذو عهد في عهده»؛ فلا يجب إضمارنا[3] زيادة عليه، فكأنَّه قال ابتداء: لا يقتل مسلم بكافر، ولا يقتل ذو عهد في عهده.

فإن قيل: هذا خلاف مقتضى اللغة، فلأن قوله: «لا يقتل مسلم بكافر» معناه: قصاصًا؛ فيجب أنْ يكون الإضمار قصاصا، وإلا خرج أنْ يكون عطفًا عليه، ألا ترى إلى قوله تعالى: ﴿وَٱلذَّٰكِرِينَ ٱللَّهَ كَثِيرًا وَٱلذَّٰكِرَٰتِ﴾ [الأحزاب: 35] أنَّه رجع إلى ذكر الله تعالى لا إلى غيره.

قلنا: إنَّما يجب العطف على جنس الفعل المعطوف عليه، وإن اختلفت أسبابه، ألا ترى أنَّه يصحُّ أنْ يقول: «قتلت اليوم زيدا وعَمرا»، ويريد أنَّه قتل

(1) في (ع): (فوجب بهذا).

(2) زيادة من (ع).

(3) في (ع): (إضمار).

زيدا قصاصا وعَمرا في حدٍّ.

ولأنَّه ناقص بالكفر فلم يجب له قَوَد على مسلم؛ كالحربي والمستأمن.

ولأنَّه حدٌّ مِن شرطِ استيفائِه المطالبةُ، فلم يجب لكافر على مسلم؛ أصله: حد القذف.

ولأنَّ القتل أغلظ وآكَد مِن حدِّ القذف، فإذا كان الأدون لا يستحق للكافر على مسلم فالأغلظ أولى.

ولأنَّ مِن حقِّ القصاص تكافؤ الدم[1]، ودم الكافر لا يكافئ دم المسلم؛ فلم يستحق قصاصًا عليه.

وإذا ثبت هذا؛ فحديث ابن [البيلماني][2] حكاية فعلٍ، وليس فيه بيان الوجه الذي عليه وقع، ويحتمل أنْ يكون قتله كافرًا ثم أسلم فأقاده منه.

وحديث عمرو بن أمية [باطل][3] فيما يغلب على الظنِّ؛ أنَّه ذُكر أنَّه عاش إلى زمن معاوية[4].

على أنَّ في الحديث: «أنَّ رسولًا جاء إلى النبي ﷺ مِن قريش فقتله عمرو ابن أُمَيَّة الضمري»[5]، وهذا لا يقولون به؛ لأنَّ [و/ 481] [المستأمن][6] لا يُقتل

(1) في (ع): (الدماء).

(2) في (خ): (السلماني)، وفي (ع): (السليماني)، والمثبت من مصادر التخريج كما سبق.

(3) زيادة من (ع).

(4) ينظر: الإصابة لابن حجر (4/ 496).

(5) ذكره البيهقي في الخلافيات (6/ 516) عن الشافعي بلاغا.

(6) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

به المسلم.

على أنَّه قد يحتمل أنْ يكون[1] قتله غِيلة، أو أنَّه[2] كان كافرًا فأسلم بعد قتله؛ فلا يُترك المنصوص لمِثل هذا.

وقولهم: «[إنَّ][3] كلَّ مَن جاز أنْ يُقاد به أهل ملته جاز أنْ يُقاد به غير أهل ملته»؛ نقول بموجَبه، لأنَّ اليهودي يُقاد[4] بالنصراني، والمجوسيَّ باليهودي؛ والمعنى في المسلم: أنَّ دمَه مكافئ لدم مقتوله، والذمي بخلافه.

وقولهم: «كل شخصين يقطع أحدهما إذا سرق مِن الآخر»؛ يبطل على أصلهم بالحر والعبد، وعلى أصلنا فيختلف[5]؛ لأنَّ القصاص موضوع على تكافئ الدماء[6]؛ وهذا غير مُراعى في القطع.

وقولهم: «إذا قطع في ماله كان بأنْ لا يُقاد منه أولى»؛ غلطٌ، لأنَّ اعتبار الأول[7] لا يجب فيما تختلف طريقه، وطريق القطع مخالفٌ لطريق القصاص، ولأنَّ القطع حقٌّ لله، والقصاص حقٌّ لآدمي؛ فلا يجوز أنْ يُقال: إذا ثبت حقُّ الله جاز أنْ يثبت حقُّ الآدمي.

---

(1) في (ع): (أنه).

(2) في (ع): (وأنه).

(3) زيادة من (ع).

(4) في (ع): (يقتل).

(5) في (ع): (وعلى أنَّ حكمها مختلف).

(6) في (ع): (التكافئ في الدماء).

(7) في (ع): (الاعتبار).

واعتبارهم بالارتداد؛ لا يصحُّ، لأنَّهم:

إنْ أرادوا لم يمنع وجوب القصاص؛ لم نُسلِّمه، لأنَّ طرآن الإسلام يمنعه، وكذلك الابتداء.

وإنْ أرادوا لم يمنع استيفاءه؛ فكذلك نقول، ولكن استيفاءه لا يكون إلا بعد ثبوته ووجوبه[1].

وعلى أنَّ[2] القصاص حدٌّ، والحدود يعتبر فيها حال الوجوب، لا حال الاستيفاء؛ كالعبد يزني ثم يعتق قبل أنْ يُحدَّ؛ [حُدَّ][3] حدَّ عبدٍ[4]، وكذلك البِكر إذا زنى ثم أُحصن، والله أعلم.

وقوله: **(ويقتل الكافر بالمسلم)**؛ فقد ذكرناه، والله أعلم[5].

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ولا قصاص بين حرٍّ وعبدٍ في جرح، ولا بين مسلم وكافر).

قال القاضي -[رحمه الله]-:

هذا هو الذي نصَّ عليه مالك -رحمه الله-: أنَّه لا يُقتص للمسلم من

(1) في (ع): (ووجوده).

(2) في (ع): (ولأن).

(3) زيادة من (ع).

(4) في (ع): (العبد).

(5) ينظر ما تقدم (ص: 171).

الكافر[1] في الجراح.

ورَوى ابن عبد الحكم عنه: في النصراني يفقأ عين المسلم عمدًا أنَّ السلطان يجتهد في ذلك[2].

[وهذه][3] الرواية فيها [احتمال][4] لأخذ القَوَد.

وقال محمد بن عبد الله بن عبد الحكم: «إنَّ للمسلم أن يقتصَّ».

وهو قول عبد العزيز بن أبي سلمة[5].

فوجه منع القصاص: فلأن شرطه[6] تكافؤ الدماء، وأعضاءُ الكافر ليست بمكافئة لأعضاء المسلم؛ فكان كاليد الشلاء أنَّها لا تقطع باليد الصحيحة.

ووجه ثبوته: فلأنَّها جناية مِن كافرٍ على مسلمٍ، أو مِن عبدٍ على حرٍّ، فكان له أنْ يقتص؛ أصله: في النفس.

[ولأنَّ][7] كل مَن يلزم قتله بقتل شخص فإنَّه [يجرحه][8] بجرحه؛ كالمسلمَيْن والذِّميَّيْن.

---

(1) في (ع): (من المسلم للكافر).

(2) ينظر: المختصر الكبير لابن عبد الحكم (ص: 410).

(3) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(4) في (خ): (احتفال)، والمثبت من (ع).

(5) ينظر: النوادر والزيادات (13/ 542).

(6) في (ع): (فلاشتراطه).

(7) في (خ): (ولكن)، والمثبت من (ع).

(8) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

وحكم الحر والعبد في ذلك حكم المسلم والكافر، لا فرق أنَّ الرق مانع مِن تكافئ الدماء؛ كالكفر.

ومنعُ القصاص بينهما في الجراح هو قول ابن شهاب، ذكره مالك في «الموطأ»[1].

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

([والسائق والقائد والراكب ضامنون لِما وطئت الدابة][2]، وما كان منها مِن غير فعلهم أو وهي[3] واقفة لغير شيء فُعل بها؛ فذلك هَدَرٌ).

قال القاضي -رحمه الله-:

وهذا لأنَّهم قادرون على ضبطها وإمساكها عما تقدم عليه وتغلب على [إفساده][4]؛ لأنَّ رأسها الذي به تضبط بأيديهم؛ فإنْ أمكنوها أو أهملوا ضبطها حتى أفسدت شيئًا، أو أتلفت إنسانًا، أو أتلفت ما يتعلق به الضمان؛ ضمنوا ذلك بتعدِّيهم وتفريطهم؛ لأنَّ ذلك إنَّما كان عن سببِ إهمالهم لها وتركهم لحفظها والتحرُّز، فضُمِّنوا لذلك.

فأمَّا ما كان منها مِن غير تفريط أو عن غلبة؛ فلا شيء عليهم فيه، لأنَّ ذلك ليس مِن قِبل تفريط ولا إهمال وإنَّما هو مِن جهتها، فلا شيء فيه، لقوله:

---

(1) الموطأ رواية أبي مصعب (2229).

(2) في (خ): (والقائد والسائق والراكب ضامنون بما أتلفوا)، والمثبت من (ع).

(3) في (ع): (أو هي).

(4) في (خ): (فساده)، والمثبت من (ع).

«العَجْمَاء جرحها جُبار»[1].

وكذلك إنْ كانت واقفة وحدها بحيث يجوز لصاحبها أنَ يقفها، فأصابت إنسانا فهو هَدَر لا شيء فيه، لأنَّ صاحبها غير متعدٍّ في ذلك؛ فلم يُضمَّن.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(وما مات في بئر أو معدِن مِن غير فِعل لأحد[2] فهو هَدَر).[و/482]

قال القاضي -[رحمه الله]-:

هذا لرواية[3] مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وأبي سلمة بن عبد الرحمن عن أبي هريرة أنَّ رسول الله ﷺ قال: «جُرح العجماء جُبار، والمعدِن جُبار»[4].

ومعنى ذلك: أنَّه هَدَر لا يُتَّبع به أحد، لأنه تلفٌ لا صنع فيه لمكلف، فلم يتعلق به ضمان.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(وتُنجَّم الدية على العاقلة في ثلاث سنين، وثُلُثُها في سنة، ونِصْفُها في سنتين).

---

(1) رواه البخاري (6912) ومسلم (1710).

(2) في (ع): (أحد).

(3) في (ع): (هذه رواية).

(4) رواه مالك في الموطأ (3234)، ومن طريقه البخاري (6912) ومسلم (1710).

قال القاضي -[رحمه الله]-:

يعني: دية الخطأ.

والأصل في وجوبها على العاقلة:

إجماع الصحابة وكافة العلماء عليه، ولم يُحك الخلاف فيه[1] إلا عن الأصَمِّ والخوارج، وهؤلاء غير معتبر بخلافهم[2].

ويدلُّ عليه:

حديث جابر: «في المرأتين اللَّتين اقتتلتا فقتلت إحداهما الأخرى؛ فقضى رسول الله ﷺ بدِية المقتولة على عصبة القاتلة»[3].

فأمَّا قوله: (إنَّها تُنجَّم على العاقلة)؛ فلثبوت الرواية عن عمر[4] وعلي[5] -رضي الله عنهما-: «أنَّهما قضيا بالدية على العاقلة في ثلاث سنين»، وذلك بحضرة الجماعة، مِن غير ظهور خلاف عليهم؛ فسقط قولُ مَن يدَّعي أنَّها حالَّة.

ولأنَّ إلزام العاقلة حملَها عن[6] الجاني على وجه المواساة؛ فيجب أنْ يكون على ضربٍ مِن التخفيف والمسامحة، وأنْ لا يكلَّفوا في الأداء ما

---

(1) في (ع): (لم نجد الخلاف فيها).

(2) في (ع): (خلافهم).

(3) رواه البخاري (6910) ومسلم (1681).

(4) رواه ابن المنذر في الأوسط (9592) من طريق الشعبي عن عمر، وقال: «غير متصل الإسناد، ولا ثابت عنه».

(5) رواه البيهقي في الكبرى (16391)، من طريق يزيد بن أبي حبيب عن عليٍّ، بمعناه، قال ابن حجر في التلخيص الحبير (5/ 2662): «هو منقطع، وفيه ابن لهيعة».

(6) في (ع): (على).

تلحقهم معه المشقة والكلفة، ألا ترى أنَّا نأخذ مِن كلٍّ واحد ما لا مشقة عليه فيه، ولا نأخذ مِن الفقير شيئًا.

وفي إيجابها عليهم حالَّةً إسقاط لهذا المعنى، وإدخال المشقة عليهم.

ولأنَّ الدية في الأصل كانت مِن الإبل[1]، وقد تكون وقت الوجوب حوامل، فلا يجوز أنْ يكلفوا أداء حوامل؛ وكذلك في السنة الثانية لا يكلفون أداء لوابن[2]، ولا شراء ما ليس عندهم؛ فوجب أنْ يؤجَّلوا ثلاث سنين، ليجتمع مِن جنانيها[3] ما [يُشترى][4] بها السن[5] المُوفية.

ولا يجوز أنْ يقال: لأنه ضمان عن مستهلك فوجب أنْ يكون حالًّا؛ كالأموال؛ لأنَّ هذا حكم الضمان الأصلي[6] المغلظ.

فأمّا ما طريقه المواساة وليس بضمان واجب في الأصل؛ فإنَّ طريقه التخفيف، فجاز أنْ يدخله التأجيل، لأنَّ للتأجيل مدخلًا فيما وجب في المال على وجه المواساة؛ كالزكوات، والله أعلم.

وإذا ثبت بما ذكرناه أنَّ الأجل في حَمْلِه[7] الدية ثلاث سنين؛ فقد اختُلف

---

(1) في (ع): (إبل).

(2) في (ع): (اللوابن).

(3) في (ع): (جنايتها).

(4) في (خ): (يسترا)، وفي (ع): (يسرى)، والمثبت من المعونة للمصنف (3/ 1326).

(5) في (ع): (السنين).

(6) في (ع): (الأصل).

(7) في (ع): (جملة).

عنه فيما دون الدية هل ينجَّم أو يؤخذ [حالًّا][1]؟ فعنه فيه روايتان:

إحداهما: أنَّه لا يُنجَّم ويؤخذ حالًّا، ولا يُنجَّم إلا الدية الكاملة.

والأخرى: أنَّه ينجَّم[2] كالدية[3].

وإذا قلنا: لا تُنجَّم؛ فوجهه: اعتباره بأروش الجنايات وقِيم المتلفات.

والسنة إنَّما وردت في تنجيم[4] الدية الكاملة دون ما دونها؛ فقصرت على ما[5] وردت فيه، وبقي ما عدا ذلك على موجب العبرة.

ولأنَّه أرشُ جنايةٍ نَقَص عن الدية فوجب أنْ يكون حالًّا؛ اعتبارا بما دون الثلث.

وإذا قلنا: إنه يُنجم؛ فوجهه: اعتباره بالدية الكاملة، لأنه أرش جناية خطأ بلغ ثلث الدية؛ [فوجب][6] أنْ يكون منجَّمًا.

ولأنَّ في حلوله عدولًا به عمَّا وضعت عليه الدية مِن التخفيف عن العاقلة؛ فوجب أنْ يُنجَّم تخفيفًا عنها.

فإذا ثبت هذا؛ فإن قلنا: إنَّه لا ينجَّم[7]؛ فلا تفريع.

---

(1) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(2) في (ع): (أنها تنجم).

(3) ينظر: التبصرة للخمي (13/ 6400-6401).

(4) في (ع): (تنجُّم).

(5) في (ع): (عما).

(6) في (خ): (وجب)، والمثبت من (ع).

(7) في (ع): (إنها لا تنجم).

وإن قلنا: «إنَّه ينجم»[1]؛ ففي كيفية التنجيم روايتان:

إحداهما: أنَّ النصف في سنتين.

والأخرى: أنَّه يجتهد الإمام فيه، وفي الثلاثة الأرباع.

فأمَّا ثلُثها: ففي سنة؛ اعتبارا بتقسيط البعض على الجملة.

فأمَّا نصفها: ففي سنتين؛ لأنَّ ذلك أقرب إلى معنى التخفيف، وليتكامل وضع الحوامل.

ولأنَّ الدية إنَّما نجِّمت[2] في ثلاث سنين لأنَّ الإبل تحصل فوائدها بنَسلها، والنَّسل مما يكون في كلِّ عام؛ فلذلك نجِّمت[3] الدية أعواما، فوجب أنْ يُنجَّم النصف في سنتين؛ الثُّلث منه في سنة، والسدس [و/483] الباقي في سنة، ولا يكون في نصف السَّنة لأنَّ في ذلك تثقيلًا على العاقلة؛ لأنَّ فوائدها مِن الإبل لا تؤخذ[4] في بعض السنة.

ووجه قوله: إنَّ ذلك موكولٌ إلى اجتهاد الإمام؛ هو أنَّه لمَّا كان هذا الجزء زائدا على[5] الثلث المستحق في سنة، وناقصا عن الثلثين المستحقَّين في سنتين؛ احتمل[6] أنْ يُجزَّأ على أجزاء السَّنة، واحتمل أنْ يؤخَّر إلى حلول

---

(1) في (ع): (إنها تنجم).

(2) في (ع): (تجب).

(3) في (ع): (تنجم).

(4) في (ع): (توجد).

(5) في (ع): (عن).

(6) في (ع): (احتمل ذلك).

السنة الثانية؛ فلذلك وجب ردُّه إلى الاجتهاد.

وكذلك الثلاثة الأرباع؛ لمَّا حصل فيها جزء زائدا على الثلثين المستحقَّين في سنتين، وناقصًا عن الثلث الباقي مِن الدية؛ وجب ردُّه إلى الاجتهاد.

وبالله التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(والدِّية موروثة على الفرائض).

قال القاضي -[رحمه الله]-:

وهذا لأنَّها مالٌ للمقتول؛ لأنَّها بدلٌ عن نفسه، ألا ترى أنَّ دُيونه تُقص[1] منها، وكذلك وصاياه تنفذ منها.

وإذا كان الأمر كذلك؛ علم أنَّ الورثة استحقُّوها عن الموروث، لا أنَّها وجبت لهم ابتداءً.

ولأنَّه لو قُطع عضو منه لكان الأرش ملكا له؛ فكذلك تلفُ نفسه.

ورَوى الضحاك بن سفيان: أنَّ النبي ﷺ كتب إليه: «أنْ يُوَرِّث امرأةَ أَشيَم الضِّبابي مِن دية زوجها»[2].

---

(1) في (ع): (تقضى).

(2) رواه أبو داود (2927) والترمذي (1415) وابن ماجه (2642)، من طريق سعيد بن المسيب؛ القصة، وقال الترمذي: «هذا حديث حسن صحيح».

مسألة

قال -رحمه الله-:

(وفي جنين الحُرة غرة عبدٍ أو وليدة، تقوَّم خمسين دينارا أو ست مائة درهم، تورث على كتاب الله[1]).

قال القاضي -رحمه الله-:

هذا لأنَّ النبي ﷺ: «قضى في الجنين بغُرة عبد أو وليدة».

رواه [47/ب] مالك عن ابن شهاب عن [أبي سلمة][2] بن عبد الرحمن عن أبي هريرة: «أنَّ امرأتين مِن هذيل ضربت إحداهما الأخرى فطرحت جنينًا؛ فقضى فيه رسول الله ﷺ بغرة عبدٍ أو وليدة»[3].

وروى مالك عن ابن شهاب عن سعيد: «أنَّ رسول الله ﷺ قضى في الجنين يُقتل في بطن أمه بغُرة عبد أو وليدة، فقال الذي قضي عليه: كيف أغرم مَن[4] لا شَرب ولا أكل[5] ولا استهل، ومثل ذلك يُطل[6]؛ فقال رسول الله ﷺ: «إنَّما هذا مِن إخوان الكهان»[7].

---

(1) في (ع): (الله تعالى).

(2) في (خ) و(ع): (أبي بكر)، والمثبت من مصادر التخريج.

(3) رواه مالك في الموطأ (3167)، ومن طريقه البخاري (5759) ومسلم (1681).

(4) في (ع): (عن من).

(5) في (ع): (لا أكل ولا شرب ولا نطق).

(6) في (ع): (بطل).

(7) رواه مالك في الموطأ (3168)، ومن طريقه البخاري (5760).

وقال مالك عن ربيعة: «إنَّ الغُرة تقوَّم خمسين دينارًا أو ست مائة درهم»[1]؛ وذلك لاعتباره بعُشر دية أمه، كما اعتُبر جنين الأَمَة بعُشر قيمتها.

ولا خلاف في ذلك في الجملة؛ إلا أنَّ أبا حنيفة يقول: «تكون قيمته خمس مائة»؛ لأنَّ عنده أنَّ دية المرأة خمسة آلاف درهم[2].

وهذا خلاف في التفصيل لا في الأصل.

وحكى أهل الخلاف عن قوم أنَّهم قالوا: «لا شيء فيه».

وهذا غلط، لِما رويناه مِن أنَّه ﷺ قضى فيه بغُرة.

وفي حديث أبي هريرة: في المرأتين اللتين ضربت إحداهما الأخرى بمسطح فقتلتها؛ أنَّه ﷺ قضى بالدية على عَصَبة القاتل، وقضى في الجنين بغُرة؛ فقال له المقضيُّ عليه: أرأيت مَن لا شرب ولا أكل[3] ولا صاحَ ولا استهل، مثل ذلك يُطل[4]؛ فقال: «أَسَجْعٌ كسَجْع الجاهلية؟!»، وقضى فيه بغُرة.

فصل:

وقوله: (إنَّ الدية موروثة على كتاب الله -عزَّ وجلَّ-)؛ فالخلاف فيه مع الليث بن سعد؛ لأنَّه يزعم أنَّ الدية للأم وحدها[5].

وهذا خطأ؛ لأنَّها دية نفس آدمي مقتول؛ فكان لجميع ورثته، أصله: إذا

---

(1) رواه مالك في الموطأ (3169).

(2) ينظر: الأصل للشيباني (6/ 557).

(3) في (ع): (لا أكل ولا شرب).

(4) في (ع): (بطل).

(5) ينظر: الحاوي الكبير (12/ 391).

انفصل حيًّا.

فإن قيل: إنَّ الجنين يجري مجرى عضوٍ مِن أعضائها؛ فالدية لها كما لو أتلف[1] بعض أعضائها.

قلنا: هذا ما لم ينفصل؛ فأما إذا انفصل فله حكم نفسه.

فصل:

ولو ماتت الأم ثم خرج الجنين بعد موتها ميتًا؛ فلا غُرة فيه[2].

وبه قال أبو حنيفة[3].

وقال الشافعي: «فيه الغُرة»[4].

فدليلنا: [و/ 484]

أنَّ تلف الجنين بتلف الأم يوجب أنْ يكون تابعًا لها، وأن لا حكم له؛ أصله: الزكاة.

ولأنَّ تلفه قبل الانفصال عنها كتلف بعض مِن أبعاضها؛ فيكون تابعًا، لا حكم له.

فإن قيل: فقولوا لأجل هذا: إنَّ الغُرة تكون [لأمِّه][5] إذا ألقته في حياتها؛ مثل أرش أطرافها.

---

(1) في (ع): (تلف).

(2) في (ع): (عبرة به).

(3) ينظر: الأصل (6/ 557).

(4) ينظر: الحاوي الكبير (12/ 389).

(5) في (خ): (للأمة)، والمثبت من (ع).

قلنا: لا يلزم ذلك؛ لأنَّه لم يتلف بتلفها؛ فلم يكن تابعها لها.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله -:

(ولا يرث[1] قاتل العمد مِن مال ولا دية).

قال القاضي -رحمه الله-:

وهذا لقوله ﷺ: «ليس لقاتل شيء»[2].

ورُوي: «ليس لقاتل ميراث»[3].

ولأنَّه استعجل[4] الميراث قبل وقته؛ فعُوقب بأن حُرم ذلك.

ولا خلاف في ذلك بين مَن يعتمد عليه[5].

هذا في المال؛ فأمَّا في الدية فهو أبعد؛ لأنَّها وجبت عليه بفعله، ويستحيل أنْ يجب عليه شيء لنفسه.

---

(1) في (ع): (يورث).

(2) رواه مالك في الموطأ (3229)، من طريق عمرو بن شعيب عن عمر يرفعه، وقال ابن عبد البر في التمهيد (23/ 435): «لم يختلف على مالك في هذا الحديث وإرساله»، ثم قال: «هو حديث مشهور عند أهل العلم بالحجاز والعراق، مستفيض عندهم، يستغنى بشهرته وقبوله والعمل به عن الإسناد فيه، حتى يكاد أن يكون الإسناد في مثله لشهرته تكلفا»، وقال البيهقي في الكبرى (12239) بعد سوقه لطرق مرسلة: «هذه مراسيل جيدة يقوى بعضها ببعض، وقد روي موصولا من أوجه».

(3) رواه ابن ماجه (2646)، وينظر ما قبله.

(4) في (ع): (استعجال).

(5) ينظر: الأوسط لابن المنذر (7/ 467).

مسألة

قال -رحمه الله-:

(وقاتل الخطأ يرث مِن المال، ولا يرث من الدية).

قال القاضي -[رضي الله عنه]-:

وهذا قول أصحابنا[1].

ورُوي عن علي -رضي الله عنه-:

رواه وكيع عن ابن المبارك عن يحيى بن أبي كثير عن علي، قال: «يرث إنْ كان خطأ، وإن كان عمدًا لم يرث»[2].

وقال أبو حنيفة والشافعي: لا يرث قاتل الخطأ مالًا ولا ديةً[3].

والدليل على ما قلناه:

قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ﴾ الآية [النساء:11].

وقوله: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ﴾ [النساء:12].

وعموم هذه الظواهر يوجب له الميراث.

وقوله [تعالى]: ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِن﴾ الآية [الأحزاب: 5].

ومثله قوله -عليه السلام-: «رُفع عن أمتي الخطأ والنسيان»[4]؛

---

(1) ينظر: موطأ مالك (3232)، والنوادر والزيادات (14/ 134).

(2) رواه ابن أبي شيبة (32060)، عن وكيع به، بمثله.

(3) ينظر: الأم (5/ 150) و(9/ 156)، وشرح مختصر الطحاوي للجصاص (4/ 73).

(4) رواه ابن ماجه في سننه (2045) من حديث ابن عباس، وأنكره أبو حاتم في العلل (1296)، ونقل عبد الله بن أحمد في العلل (1340) عن أبيه أنه أنكره جدا، وقال: «ليس يُروى فيه إلا =

فعمَّ[1] بفائدة جميع أحكام الخطأ.

ورَوى أبو بكر بن [2] الجهم عن أبي بكر النرسي عن عبيد الله بن موسى عن الحسن بن صالح عن محمد بن سعيد عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله[3] بن [عمرو][4]: أنَّ رسول الله ﷺ قام يوم فتح مكة فقال: «لا يتوارث أهل ملَّتين، والمرأة ترث مِن دية زوجها وماله» حتى قال: «فإن قَتل أحدهما صاحبه خطأً وَرث مِن ماله ولم يرث مِن ديته»[5].

ورَوى ابن عبد الحكم عن [مسلمة][6] بن علي عن هشام بن عروة عن أبيه: أنَّ النبي ﷺ قال في الرجل يقتل وليَّه خطأً: «أنَّه يرث مِن ماله ولا يرث مِن ديته»[7]، وهذا نص.

عن الحسن عن النبي ﷺ»، وقال ابن العربي في القبس (3/ 1055) بعد ذكر هذا الحديث وآخرَ في معناه: «وهذان الحديثان لم يثبت لهما قدمٌ في الصِّحة، لكن معناهما صحيح قطعا في الخطأ والنسيان».

(1) في (ع): (فهذا يعم).

(2) في (خ) زيادة: (أبي)، والمثبت من (ع) ومصادر الترجمة، وهو محمد بن أحمد بن الجهم أبو بكر الوراق، ينظر تاريخ بغداد (2/ 113).

(3) في (ع): (عن عبد الله).

(4) في (خ) و(ع): (عمر)، والتصويب من مصادر التخريج.

(5) رواه ابن ماجه (2736) عن علي بن محمد ومحمد بن يحيى كلاهما عن عبيد الله بن موسى، به، بمثله، وقال الدارقطني في سننه (4074): «محمد بن سعيد الطائفي؛ ثقة»، وينظر تنقيح التحقيق لابن عبد الهادي (4/ 258) ونصب الراية للزيلعي (4/ 330).

(6) في (خ) و(ع): (مسلم)، والتصويب من مصادر التخريج.

(7) أورده ابن الجوزي في التحقيق في مسائل الخلاف (2/ 242)، عن ابن عبد الحكم به، بمثله، وقال: =

فإن قالوا: رواه عمرو بن شعيب[1]، ورواه محمد بن سعيد ويُعرف بالمصلوب، وقد تُكلِّم فيه، وقيل: إنَّه صُلب في الزندقة[2].

فالجواب: أنَّ مجرد الكلام فيه لا يؤثر، ما لم يثبت ضعفه مِن الحفاظ الموثوق[3] بهم.

وقد رويناه مِن طريق آخر مرسلا[4].

ولأنَّ الإرث بالنَّسَب مع تساوي الحرمة والدين لا يقطعه إلا معنى يوجب القصاص؛ فكلُّ معنى لا يوجب القصاص لا يقطعه، أصله: الدَّال على القتل.

«هذا مرسل... ورواية مسلمة بن علي: قال يحيى: «ليس بشيء»، وقال الرازي: «لا يشتغل به»، وقال النسائي والدارقطني: «متروك».

(1) في (ع): (عمر بن سعيد)، وكلاهما محتمل، فـ«عمرو بن شعيب» هو شيخ «محمد بن سعيد» كما في الإسناد المتقدم، ورواه محمد بن يحيى -كما في سنن ابن ماجه (2736)-، وقال: «عمر بن سعيد» بدل «محمد بن سعيد».

(2) بيَّن الدارقطني في سننه أنه غيره، فقال (4074): «محمد بن سعيد الطائفي؛ ثقة»، وقال الزيلعي في نصب الراية (4/ 330): «وقال عبد الحق في أحكامه، بعد أن ذكره من جهة الدارقطني: ومحمد ابن سعيد هذا أظنه المصلوب، وهو متروك عند الجميع، انتهى، وكأنه لم ينظر كلام الدارقطني، أو يكون توثيق الدارقطني له ساقطا في بعض النسخ، والله أعلم، وقال في التنقيح: وقد وقع في بعض نسخ ابن ماجه: عمرو بن سعيد بالواو، وهو كذلك في أطراف ابن عساكر وهو خطأ، نبه عليه شيخنا أبو الحجاج المزي، وفرق شيخنا في التهذيب بين راوي هذا الحديث عن عمر، وبين محمد بن سعيد الطائفي، وعند الدارقطني أنه الطائفي، والله أعلم».

(3) في (ع): (الموثق).

(4) يريد: الحديث المتقدم عن هشام بن عروة عن أبيه.

ولأنَّ حرمان الميراث معنًى يلزم بِقتل العمد على وجه العقوبة، فلم يجب بِقتل الخطأ؛ أصله: القَوَد.

ولا يلزم عليه سقوط الميراث مِن الدية؛ لأنَّ قتل العمد لا دية فيه.

ولأنَّ منعه في الخطأ ليس على وجه العقوبة، ولا تلزم عليه الكفارة؛ لأنَّها لا تجب في قتل العمد عندنا.

واحتج مَن خالفنا:

بقوله ﷺ: «ليس لقاتل ميراث»[1].

وهذا مخصوص بما قدمناه.

قالوا: ولأنَّ كلَّ مَن سقط إرثُه مِن دية مقتوله بالقتل سقط إرثه عن سائر ماله؛ كالعامد.

وهذا الوصف غير مسلَّم؛ لأنَّ مَن سقوطُ إرثِه مِن الدية ليس بالقتل لكن بمعنى غيره، وهو أنَّ القتل أوجبها عليه، والعاقلة تحملها عنه تخفيفا؛ ومحالٌ أنْ يُتحمَّل عنه له، لأنَّ الإنسان لا يستحق لنفسه على نفسه شيئا.

ولأنَّ الدية لمَّا استحقت عليه بقتله[2]، ووجدنا ما يُستحق بالقتل لا حظَّ فيه لمن يُستحق عليه؛ كالقصاص [و/485] في العمد، [وذلك أنَّ المستحق بقتل النفس شيئان: الدية في الخطأ، والقصاص في العمد][3]، وقد[4] ثبت أنَّه

(1) تقدم تخريجه (ص: 346).

(2) في (ع): (لقتله).

(3) زيادة من (ع).

(4) في (ع): (ثم قد).

لا يَستحق ميراثا في القصاص لكونه[1] مستحقا عليه بقتله؛ فكذلك الدية.

فإن قالوا: كونُ الدية مُستحَقَّة لا يَمنع أنْ يرث منها؛ كالدَّين.

فالجواب: أنَّ الدَّين لم يَجْرِ[2] بجناية تكون عوضا عن[3] النفس الموروثة، والدية واجبة عليه بجنايته؛ فلم يجز أنْ تكون جنايته[4] موجبة لشيء يحصل له بها.

ثم المعنى في العمد: أنَّه قتلٌ يوجب القصاص، وليس كذلك الخطأ.

ولأنَّ منع العامد على وجه العقوبة، وليس كذلك الخطأ[5].

قالوا: ولأنَّه بعض التركة؛ فأشبه الدية.

فالجواب: أنَّ الدية بدلٌ مِن النفس تستحق على القاتل؛ فلذلك لم يصحَّ أنْ يرثها، وباقي التركة بخلافها.

قالوا: ولأنَّ الدية موروثة عنه، بدليل أنَّه تنفذ منها وصاياه، فإذا لم يرث منها لم يرث مِن باقي التركة؛ كالعبد والكافر.

وهذا باطل [بالولاء][6]، لأنَّه موروث عنه، ومع ذلك فقد يرث مال الميت مَن لا يرث عنه الولاء.

ثم العبد والكافر مختلفان في الدِّين والحرمة، والاتفاق في[7] هذين مِن

(1) في (ع): (كونه).

(2) في (ع): (لا يجب).

(3) في (ع): (على).

(4) في (ع): (جناية).

(5) في (ع): (المخطئ).

(6) في (خ): (قالوا)، والمثبت من (ع).

(7) في (ع): (من).

شرط التوارث.

قالوا: ولأنَّ قاتل الخطأ تلحقه تهمة أنْ يكون تعمَّد القتل، وأظهرَ الخطأ لاستعجال الميراث؛ فحُسم الباب.

فالجواب: أنَّ هذا التحرير هو [غير][1] الظاهر وبخلاف[2] الغالب؛ لأنَّ قتل الخطأ له أمارات يعلم معها حاله، وبالله التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(وفي جنين الأمَة مِن سيدها ما في جنين حرَّة).

قال القاضي -رحمه الله-:

هذا لأنَّه جنينُ حرٍّ[3]، فوجب أنْ يكون فيه[4] نصف عُشر دية الرجل؛ أصله: جنين الحرَّة.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(وإنْ كان مِن غيره؛ ففيه عُشر قيمتها).

قال القاضي -[رحمه الله]-:

---

(1) في (خ): (عين)، والمثبت من (ع).

(2) في (ع): (خلاف).

(3) في (ع): (هذا لأن الحمل بجنين حر).

(4) في (ع): (منه).

وهذا كما قال؛ جنينُ الأمَة إذا كان مملوكا معتبر[1] بعُشر قيمة أمه، سواء كان ذكرا أو أنثى.

وبه قال الشافعي[2].

وقال أبو حنيفة: «هو معتبر بقيمة نفسه؛ فإن كان ذكرا فنصف عُشر قيمته على قاتله، وإن كان[3] أنثى فعُشر قيمتها»[4].

ودليلنا:

أنَّه جنين ضُمِن بالجناية عليه، فلم يختلف حكم ما يجب بضمانه بالذكورية والأنوثية[5]؛ أصله: جنين الحرة.

ولأنَّ الأصل هو جنين الحرة، والخبر فيه ورد، وجنين الأمَة محمولٌ عليه، فلمَّا كان جنين الحرة لا يختلف حكمه بالذكورية والأنوثية؛ كذلك جنين الأمَة الذي هو فرعه.

ولأنَّ كل مملوكين ضُمِّنا بالإتلاف وتساوت قيمتهما، وكان ما يجب فيهما معتبرا بهما، فإنَّه لا يضمن أحدهما بزيادة[6] على ما يضمن به الآخر؛ أصله: الثوبان[7] والعبدان إذا أتلفا، وكانا متساويي القيمة.

---

(1) في (ع): (معتبرًا).

(2) ينظر: المدونة (4/ 633)، والأم (7/ 273).

(3) في (ع): (وإن كانت).

(4) ينظر: الحجة على أهل المدينة (4/ 285-286).

(5) في (ع): (والأنوثة).

(6) في (ع): (زيادة).

(7) في (ع): (التوأمان).

كذلك[1] يجب أنْ يكون حكم جنين الأمَة إذا ألقت جنينين ذكرا[2] وأنثى، وهما متساويا القيمة؛ فيجب أنْ لا يُضمَّن أحدهما بزيادة[3] على ما يُضمَّن به الآخر، فلمَّا اختلف قدر ضمانهما؛ عُلم أنَّ الاعتبار في ذلك بغيرهما لا بأنفسهما.

ولأنَّ كلَّ شيئين ضمِّنا بالإتلاف، وكان ضمانهما معتبرا بهما لم يُرَدَّ[4] ضمان أنقصهما فيه على ضمان أكثرهما قيمة[5]؛ كالعبدين.

وعلى قول مخالفنا: أنَّه إذا ضُرب بطن امرأة فألقت جنينا ذكرا قيمته ثلاثون، وقيمة الأنثى عشرون؛ فإنَّ الأنثى تُضمَّن بدرهمين، والذكر بدرهم ونصف.

ولأنَّه [نوع اعتبرت][6] صفاته؛ فوجب أنْ تعتبر حياته، لأنَّ الحياة أكمل الصفات، فلمَّا لم تعتبر حياته بل وجب ضمانه -وإن لم تُعلم حياته-؛ ثبت أنَّ ضمانه غير معتبر بنفسه، وأنَّه معتبر بغيره.

ولأنَّ الأشياء المضمونة على ثلاثة أقسام:

منها ما يعتبر ضمانه بنفسه: كالعبيد [و/ 486] والثياب والحيوان، وغير ذلك

(1) في (ع): (وكذلك).

(2) في (ع): (جنين ذكر).

(3) في (ع): (زيادة).

(4) في (ع): (يزد).

(5) في (ع): (فيه).

(6) في (خ): (لو اعترضت)، والمثبت من (ع).

مِن العروض.

ومنها ما يعتبر بغيره: وذلك [كل ما][1] ليس فيه عَقل مُسمَّى مِن الجناية في الحر؛ فإنَّ الواجب فيها مِن الحكومة معتبرٌ بما يجب في العبيد.

ومنها ما قُدِّر ضمانه في الشرع: كالأحرار وأطرافهم.

ثم اتَّفقنا على أنَّ جنين الأمَة ضمانُه غير مُقدَّر بالشرع؛ فلم يبق إلا أنْ يكون معتبرًا بغيره أو بنفسه.

ويبطل أنْ يكون معتبرا بنفسه لأمرين:

أحدهما: أنَّه يوجب أنْ يعتبر بكمال قيمته، كوجوب ذلك في سائر المتلفات.

والآخر: أنَّه يوجب أنْ يكون الاعتبار بحال الجناية عليه.

وإذا بَطَل ذلك؛ ثبت أنَّ اعتباره بغيره.

[واحتجَّ][2] **مَن خالفنا:** «بأنَّه ﷺ أوجب في الجنين غُرة عبد أو أمة»[3]، وظاهر ذلك أنَّه اعتبر بحُكم[4] نفسه.

فالجواب: أنه[5] ليس في هذا بيان الوجه المعتبر به، وإنَّما فيه وجوب الغُرة فقط، وكذلك نقول.

---

(1) في (خ): (كما)، والمثبت من (ع).

(2) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(3) رواه البخاري (6904) ومسلم (1681).

(4) في (ع): (حكم).

(5) في (ع): (أن).

قالوا: ولأنَّه بدلٌ عن متلف، فوجب اعتباره بنفسه لا بغيره؛ أصله: سائر المتلفات.

فالجواب: أنَّا قد أجمعنا[1] على أنَّه مخالف لسائر المتلفات فيما تضمن به.

فنحن خالفنا بينهما في أنَّه معتبر بغيره، وأنتم فرقتم بينهما بإيجابكم[2] في الناقص القيمة زيادة على إيجابكم على الكامل القيمة.

قالوا: ولأنَّ كل[3] دية كانت موروثة اعتُبِرت بمن وجبت فيه؛ كدية الجنين إذا أتلف بعد الوضع.

أو قالوا: الجناية إذا أصابت الجنين كان ما يجب فيه معتبرا به لا بغيره؛ أصله: ما ذكرناه.

فالجواب: أنَّه إذا انفصل حيًّا فله حكم نفسه؛ فلم يُعتبر ضمانه بغيره، وإذا كان متصلًا بها وتلف كان في حكم التابع لها؛ كبعض أعضائها.

يبيِّن ذلك: أنَّه إذا انفصل عنها لم يتبعها في البيع ولا العتق والرهن، وغير ذلك، أعني: إذا استأنف عليها هذه العقود بعد الانفصال، ويتبعها في كلِّ ذلك في حال الاتِّصال.

قالوا: ولأنَّكم إذا أوجبتم فيه عشر قيمة أمِّه؛ أدى ذلك إلى أنْ يجب فيه

---

(1) في (ع): (اجتمعنا).

(2) في (ع): (في إيجابكم).

(3) في (ع): (ولأنها).

بخروجه ميتًا أكثر ممَّا يجب بخروجه[1] حيًّا؛ لأنَّه قد يكون عُشر قيمة أمِّه أكثر مِن عشر قيمته لو خرج حيًّا، وذلك إيجابٌ فيه في أنقص حالتيه [أكثر مما][2] يجب فيه في أكمل[3] حالتيه.

فالجواب: أنَّ هذا غير ممتنع؛ كالعبد يجب بقطع يده ما نقص مِن قيمته، وقد تكون أكثر مِن ديتها لو قطعت في حال حريته[4]؛ وكذلك في إتلاف جميعه[5].

وعلى أنَّ هذا لو ثبت لكان ممَّا يعتبر بنفسه لا بغيره، وبالله التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ومَن قتل عبدا فعليه قيمته).

قال القاضي -رحمه الله-:

وهذا كما قال: إذا قتل الحرُّ العبدَ؛ فإنَّه مضمون عليه بقيمته بالغةً ما بلغت، زادت على دية الحر أو نقصت، كان القتل عمدا أو خطأ.

هذا قولنا وقول الشافعي[6].

(1) في (ع): (في خروجه).

(2) في (خ): (لما)، والمثبت من (ع).

(3) في (ع): (أكثر).

(4) في (ع): (حرمته).

(5) في (ع): (جنينه).

(6) ينظر: التفريع (2/ 194)، والأم (9/ 152).

وقال أبو حنيفة: يلزم قاتل العبد قيمته بالغة ما بلغت ما لم يبلغ به دية الحر أو يزيد عليها، فإنْ بلغتها أو زادت عليها لم تضمن بكمالها، ولكن يلزمه [أقل][1] مِن دية الحر بعشرة دراهم؛ وهذا في ضمان الجناية[2].

ووافقنا في ضمان الغصب والعتق أنَّه يضمن بقيمته[3] بالغة ما بلغت.

واستدل عنه:

بأنَّه ضمان حصل في قتل آدمي، فوجب ألَّا يزيد على عشرة آلاف؛ كالحر.

ولأنَّ العبد أنقصُ حالا مِن الحر، فلا يجوز أنْ يضمن الناقص بزيادة مما[4] يُضمن به الكامل.

ولأنَّكم قد قلتم في جراحاته الأربع: أنَّ ما يجب فيها مقدَّرٌ[5] لا يزاد عليه؛ فكذلك يجب أنْ يكون في قيمة نفسه؛ أنْ ينتهي إلى حدٍّ لا يزاد عليه.

ودليلنا:

قوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة:194]، والمثلُ مِن طريق الصورة، وعند تعذرها مِن طريق القيمة.

فلمَّا ثبت أنَّ المراد -هاهنا- القيمة؛ وجب أنْ يكون بكمالها.

ولأنَّه مملوك فوجب أنْ يُضمن في إتلافه[6] بكمال قيمته؛ كالسلع.

---

(1) في (خ): (القدر)، والمثبت من (ع).

(2) ينظر: الحجة على أهل المدينة (4/ 367-368).

(3) في (ع): (القيمة).

(4) في (ع): (كما).

(5) في (ع): (مقدرا).

(6) في (ع): (الإتلاف).

ولأنَّه متلفٌ يُرجع في ضمانه إلى القيمة، فوجب أنْ يُضمن بكمالها؛ أصله: البهائم.

ولأنَّه سبب يُضمن به العبد، فوجب أنْ يُضمن بكمال قيمته؛ أصله: ضمان اليد والعتق.

وذلك أنَّ العبد يُضمن بثلاثة أشياء:

بالجناية.

وباليد: فهو بالغصب(1). [و/ 487]

وبالعتق أولًا: وهو أنَّ أحد الشريكين إذا أعتق حصَّة(2) مِن العبد فإنَّه يضمن قيمة حصة شريكه بالغة ما بلغت.

كذلك يجب أنْ تكون في الجناية.

ولأنَّه متلف لا يتقدَّر أقلُّ بدله فلم يتقدر أكثره؛ كسائر المتلفات؛ عكسه الحرية(3) لمَّا تقدَّر أقلُّ بدَلِه -وهو دية الجنين- تقدَّر أكثره.

ولأنَّها قيمةٌ للمملوك أتلف، فوجب أنْ تلزم بكمالها؛ أصله: إذا نقصت عن دية الحر.

فأمَّا [الحر](4) فالمعنى فيه: أنَّه لمَّا تقدَّر بدله تقدَّر أكثره، والعبد بخلافه.

ولأنَّه لمَّا لم يجز أنْ يُنقص عن قدر الدية؛ لم يجز أنَّ يُزاد عليها، كالقيمة

(1) في (ع): (وهو الغصب).

(2) في (ع): (حصته).

(3) في (خ) ما صورته: (الحريه)، والمثبت من (ع).

(4) في (خ): (الخبر)، والمثبت من (ع).

في العبد، لمَّا جاز أنْ يُنقص عنها جاز أنْ يُزاد عليها.

وتعلقهم بنقصان حاله عن الحر يبطل بضمان أبعاضه.

فأمَّا الجراح الأربع فليست مقدرة تقديرا لا يزيد ولا ينقص، وإنَّما هي مقدرة بقدرها مِن قيمته، ألا ترى أنَّها قد تزيد بزيادتها وتنقص بنقصانها، وليس الغرض ألَّا يعتبر شيء بغيره في مقدار ما يجب فيه، وإنَّما الغرض ألَّا يتقدر في نفسه شيء لا يزيد عليه؛ كالحر، والله أعلم.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(وتُقتل الجماعة بالواحد في الحِرابة والغِيلة، وإن وَلِي القتل بعضهم دون بعض[1]).

قال القاضي -رحمه الله-:

وهذا لقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَسۡعَوۡنَ فِي ٱلۡأَرۡضِ فَسَادًا أَن يُقَتَّلُوٓاْ أَوۡ يُصَلَّبُوٓاْ﴾ الآية [المائدة:33]؛ [فعمَّ][2] ولم يخصَّ.

ولأنَّهم قَتَلة[3] في الحرابة، فوجب قتلهم؛ أصله: إذا قتلوا [عددهم][4].

ولأنَّ كلَّ معنى أوجب قتل الواحد بالواحد أوجب قتل الجماعة به؛

(1) قوله: (دون بعض) ليس في (ع).

(2) زيادة من (ع).

(3) في (ع): (قتلوا).

(4) في (خ): (عدوهم)، والمثبت من (ع).

أصله: القَوَد.

ولأنَّ القتل بالحرابة آكد وأعظم[1] مِن القتل بالقَوَد؛ لأنَّ العفو في القَوَد جائزٌ، والانتقال إلى العوض فيه مباح، والحرابة لا عَفو فيها، ولا يجوز أخذ بدلٍ على ما يجب مِن العفو فيها؛ فإذا جاز في القتل الذي هو أخفُّ أنْ تؤخذ الجماعة بالواحد؛ كان وجوب[2] ذلك في الآكد أولى.

فصل:

وقوله: (إنَّ القتل يلزم جميعهم؛ مَن باشَر ومَن لم يباشِر)؛ فهو قولنا، وقول أبي حنيفة[3].

وقال الشافعي: «لا يلزم القتلُ إلا المباشرَ وحده»[4].

ودليلنا:

قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَسۡعَوۡنَ فِي ٱلۡأَرۡضِ فَسَادًا أَن يُقَتَّلُوٓاْ أَوۡ يُصَلَّبُوٓاْ﴾ [المائدة:33]، وهذا المعنى موجود في المباشر والمُعِين[5].

وكذلك قوله ﷺ: «أو رجل خرج محاربا»، عطفا[6] على قوله: «لا يحل

(1) في (ع): (وأغلظ).

(2) في (ع): (وجود).

(3) ينظر: النوادر والزيادات (14/ 482-483)، والأصل (7/ 322)، وشرح مختصر الطحاوي للجصاص (6/ 348).

(4) ينظر: الأم (7/ 386).

(5) في (ع): (والغير).

(6) في (ع): (وعطف).

دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث»[1].

ولأنَّ المحاربة تحصُل بالاشتراك في الفعل والمعاونة والذب عنهم؛ فالحكم الذي يعود إليه[2] لا يختص بغير مَن [أوجد][3] الفعل؛ كالردِّ في الغنيمة، لأنَّ المغنم يستحقه مَن قاتل ومَن لم يقاتل.

ولأنَّ القتل [وإنْ][4] وُجد مِن أحدهم فإنَّ ذلك وتحصيل[5] المال لا يمكن إلا بجماعتهم؛ فصار حكم بعضهم معتبرا بالباقين، وكان له حكم المباشرة.

فإن قالوا: لأنَّه قتلٌ وجب بسببٍ، فوجب أنْ يلزم مباشِر السبب دون غيره؛ أصله: القصاص.

قلنا: وجوب القتل بالحرابة آكد بدليل انحتامه ومنع العفو فيه، وأنَّه قد يتعلَّق بنفس الحرابة وإن لم يكن قد تقدَّم[6] إذا رآه الإمام؛ فجاز أنْ تكون أسبابه أوسع.

قالوا: ولأنَّه حدٌّ يجب بركوب كبيرة فلم يجب على غير المباشر؛ كالزنى.

فالجواب: أنَّ الزنى المقصود منه عين الفعل، فسببه أضيق وجها،

---

(1) رواه أبو داود (4353) والنسائي (4048)، وقال ابن عبد الهادي في تنقيح التحقيق (4/ 461): «حديث صحيح على شرط الصحيح».

(2) في (ع): (تعود به).

(3) في (خ): (أحد)، والمثبت من (ع).

(4) في (خ): (إن)، والمثبت من (ع).

(5) في (ع): (وتحصل).

(6) في (ع): (تقدم قبل).

ووجوبه أضعف، ولأنَّه ممَّا يُدرأ بالشبهة.

والقتل في المحاربة متعلق بالمعاونة؛ لأنَّه موضوعٌ على المقاتلة والمغالبة، فاشترك فيه المُعين والمباشر.

قالوا: ولأنَّه فعلٌ لا يجب فيه القصاص في غير المحاربة، فكذلك في المحاربة، أصله: قتل الخطأ.

وهذا [488/و] لا معنى له؛ لأنَّا قد بيَّنَّا الفرق بين القصاص والمحاربة في الجملة وتأكيدها عليه، فلم يمتنع أنْ يتأكد في الاستيفاء عليه.

فإن قالوا: الفرق بين مسألتنا وبين الغنيمة: أنَّ مَن حضر ومَن لم يحضر يشاركهم؛ لأنَّ لهم في الخُمُس حقًّا، فجاز أنْ يَأخذ السهم مَن باشر[1] القتل ومَن لم يباشر؛ بخلاف المحاربة.

قلنا: الخُمُس ليس بمغنوم على وجه البدل، وإنَّما المستحق لهم بالبدل عن[2] قتالهم الأربعة الأخماس فقط، وذلك لا مشاركة فيه؛ على أنَّ السلب وسائر ما ينفله الإمام هو مِن الخمس، وبالله التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(وكفارة القتل في الخطأ واجبة: عتق رقبة مؤمنة، فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين).

---

(1) في (ع): (يباشر).

(2) في (ع): (على).

قال القاضي -[رحمه الله]-:

وقوله: (إنَّها واجبة في قتل الخطأ)؛ فلقوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَئًا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾[النساء:92]، وهذا نصٌّ.

ولا خلاف في ذلك.

وقوله: (عتق رقبة أو صيام شهرين [متتابعين][1])، عند عدمها؛ فللنصِّ الذي ذكرناه.

ولا خلاف في ذلك أيضًا.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ويؤمر بذلك، فإنْ[2] عُفي عنه في العمد؛ فهو خير له).

قال القاضي -[رحمه الله]-:

وهذا لعظيم ما ارتكبه مِن الإثم، وجَسيم ما احتقبه مِن الوِزر؛ فسبيله أنْ يتوب إلى الله تعالى، ويتقرَّب إليه بالبِرِّ وبكل ما استطاع مِن خير؛ وإلا فإنَّ إثمه أعظم مِن أنْ يكفر، فلذلك قلنا: إنَّ الكفارة في الحكم[3] غير واجبة[4] عليه.

---

(1) زيادة من (ع).

(2) في (ع): (إن).

(3) في شرح الهسكوري [102/ أ] وشرح الفاكهاني (5/ 497) نقلا عن المصنف: (العمد).

(4) في (ع): (جائزة).

وهذا قولنا وقول أبي حنيفة[1].

وقال الشافعي: هي واجبة عليه[2].

ودليلنا:

قوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ [النساء:92]؛ فدلَّ على أنَّ العمد بخلافه.

ودليل آخر:

وهو أنَّ الله تعالى ذكر حُكم قتل الخطأ وما يجب به، وأنَّه الدية أو الكفارة، ثمَّ بيَّن حكم قتل العمد، فقال: ﴿وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآؤُهُۥ جَهَنَّمُ خَـٰلِدًا فِيهَا﴾ [النساء:93]، ولم يذكر وجوب الكفارة؛ فالظاهر أنَّه لا يجب به شيء سوى ما ذكر[3] في الآية، إلا بدليل.

ولأنَّه حُكم يجب بقتل خطأ؛ فلم يجب بقتل العمد، أصله: الدية.

ولأنَّه معنى موجب للقتل؛ فلم يوجِب على فاعله كفارة، أصله: الزنى مع الإحصان.

ولأنَّ [هذا][4] القتل لو تعلقت به كفارة لم يجب به قَوَد، ألا ترى أنَّ قتل الخطأ لمَّا تعلقت به الكفارة لم يجب به قَوَد.

---

(1) ينظر: النوادر والزيادات (13/ 504)، وشرح مختصر الطحاوي للجصاص (5/ 395-396) (11/ 5777).

(2) ينظر: مختصر المزني (ص: 334)، والحاوي الكبير (13/ 67).

(3) في (ع): (ذكره).

(4) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

فإن قيل: لا تنافي بينهما لأنَّهما مختلفان؛ لأنَّ القَوَد حقٌّ لآدمي، والكفارة حقٌّ لله -[عزَّ وجلَّ]-، ووجوب حقِّ الآدمي لا يمنع وجوب حقِّ الله.

قيل له: نحن لم نزعم أنَّ التنافي بينهما مِن جهة [أنَّهما][1] حقَّان له، ولكن وجدنا للقتل موجبين لا يجوز أنْ نثبت الكفارة معهما؛ فإذا ثبتت مع أحدهما انتفت عن الآخر.

ولأنَّه نوعٌ مِن التكفير؛ فلم يلزم بقتل العمد، أصله: الطعام[2].

فإن قيل: المعنى في الإطعام: أنَّه لا يلزم في قتل الخطأ؛ فلذلك لم يلزم في قتل العمد.

قيل له: ليس كلُّ مَا لم يلزم في قتل الخطأ لم يلزم في العمد؛ كالقَوَد، ولا كل ما لزم بالعمد لزم بالخطأ؛ كالدية.

ولأنَّ معنى وجوب الكفارة في الخطأ موجود في العمد، فكان يعتبر أحدهما بالآخر؛ لأنَّها في الخطأ لأمرين:

أحدهما: أنَّه قد لا يلزم به القَوَد ولا يتعلق به مأثم.

والآخر: أنَّ موجبه مخفف، فجاز أنْ يدخله التغليظ مِن جهة حقِّ الله؛ والعمد بخلافه؛ لأنَّه مغلظٌ في حقِّ الآدمي، فلم يجز أنْ يغلظ لحقِّ الله.

واحتجَّ مَن خالفنا:

بأنَّ قتل الخطأ لمَّا كان أخفَّ أمرا مِن قتل العمد ثم لو ثبت فيه الكفارة

---

(1) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(2) في (ع): (الإطعام).

كانت بأن تلزم في العمد أولى.

وهذا غلطٌ؛ لأنَّ ما طريقه الأولى يجب أنْ يُبيَّن الاشتراك لأمرين في علته، والكفارة لم تجب في قتل الخطأ للغلظ حتى يقال: لمَّا كان قتل العمد أغلظ كان أولى.

وكذلك فلا معنى لقولهم: «إنَّ في ذلك [و/489] تنبيها على أنَّ العمد أولى بذلك؛ لأنَّ [التنبيه][1] يقتضي كون المنبه عليه أدخل في العلة مِن المنبه به؛ كما كان الضرب والشتم أدخل في الأذى مِن القول «أُفٍّ»؛ فكذلك كان تنبيها عليه.

ولأنَّ الكفارة لمَّا وجبت بقتل الخطأ بإزالة ما لعله أنْ يكون لَحِقَ القاتل مِن تفريط أو تقصير؛ فكان ديته ممَّا تغطيه الكفارة لإمكان تلافيه، وقتل العمد بخلافه لأنَّه أعظم مِن أنْ تغطيه الكفارة.

وقد يلحق التغليظ بأدون الفعلين لتأثيره فيه، ويسقط بأعلاهما لعدم تأثيره فيه؛ كالقذف بالزنى يوجب الحد، وبالكُفر لا يوجبه.

ولأنَّ ذلك يبطل بشبه العمد على أصلهم.

ولأنَّ المآثم قد تختلف فيما يكفرها؛ فلا يجب إذا أثرت الكفارة في يسيرها أنْ تؤثر في كثيرها.

قالوا: ورَوى واثلة بن الأسقع قال: أتينا النبي ﷺ في صاحبٍ لنا قد قَتل، واستوجب النار؛ فقال: «أعتقوا عنه رقبة؛ يُعتِقِ اللهُ بكل عضو منها عضوا منه

---

(1) في (خ): (البينة)، والمثبت من (ع).

مِن النار»[1].

فالجواب: أنَّه ليس في الخبر ما يدلُّ على أنَّ ذلك على وجه الكفارة، وإنَّما ظاهره ندبهم إلى التطوع عنه؛ ونحن لا نمنع هذا، ألا ترى أنَّه لم يسألهم هل كفَّر أم لا، ولا بيَّن لهم شروط الكفارة.

ولأنَّ الكفارة لا تجب في مال الميت إلا بالوصية.

قالوا: ولأنَّه حيوانٌ مضمونٌ بالكفارة إذا قتل خطأ، فوجب أنْ يضمن بها إذا قتل عمدا؛ [كالصيد][2].

فالجواب: أنَّ الصيد جنس مِن الحيوان لا يتعلق بقتله قَوَد، فجاز أنْ يضمن بالكفارة، وليس كذلك الآدمي؛ لأنَّه جنسٌ يتعلق بقتله القَوَد، فلا يمنع أنْ يضمن بالكفارة.

وقيل: نعكس بأنَّه لا يجب بقتله عتق؛ كالصيد، وفيه نظر.

وقيل: لأنَّه حيوان تجب الكفارة في قتله خطأ فلم يجب في عمده ما يجتمع مع الشبهة ما لا يجتمع معه؛ أصله: قتل الصيد.

وهذا أقرب، وبيانه:

أنَّ الدية لا تنفيها الشبهة، لأنها تثبت معها، وكذلك الكفارة؛ فتناسبَا ولم يتنافيَا.

والقَوَد لا يثبت مع الشبهة؛ فتنافيا هو والكفارة.

---

(1) رواه أبو داود (3964)، من طريق الغريف بن الديلمي عن واثلة، بنحوه، قال ابن حزم في المحلى (10/ 515): «أما حديث واثلة فلا يصح؛ لأن الغريف مجهول».

(2) في (خ): (كالعبد)، والمثبت مما بعده.

قالوا: ولأنَّه آدمي مضمون بالقتل؛ فوجب أنْ يكون مضمونًا بالكفارة، أصله: قتل الخطأ.

وهذا يبطل بشبهِهِ[1] العمدَ على أصلهم، والمعنى في قتل الخطأ: أنَّ القَوَد لا يجب به، وليس كذلك قتل العمد.

قالوا: ولأنَّ كلَّ شيء محظور إذا أتلفه خطأ يجب به غرامة[2] فإذا أتلفه عمدًا تجب به الغرامة؛ أصله: الأموال.

فالجواب: أنَّ الكفارة عبادة؛ فلا [يجوز][3] أنْ يُقال: إنها[4] غرامة.

ولأنَّ إتلاف الأموال لا يتعلق به تكفيرٌ على وجه، فلم يعتبر اختلاف صفات إتلافه؛ وليس كذلك إتلاف الآدمي، وبالله التوفيق.

مسألة

قال -[رحمه الله]-:

(ويُقتل الزنديق ولا تُقبل توبته؛ وهو الذي يسِرُّ الكفر، وكذلك الساحر).

قال القاضي -[رضي الله عنه]-:

أمَّا منع قبول توبة الزنديق؛ فهو قولنا، وإحدى روايتي أبي حنيفة[5].

---

(1) في (ع): (بشبه).

(2) في (ع): (تجب له غرامته).

(3) زيادة من (ع).

(4) في (ع): (لها).

(5) ينظر: النوادر والزيادات (14/ 518-519)، والتجريد (11/ 5847).

وقال الشافعي: تُقبل توبته[1].

لقوله ﷺ: «فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم»[2].

وقوله للمقداد: «هلا شققت عن قلبه»[3].

ولأنَّه قد كان في زمانه ﷺ منافقون، والقرآن ينزل فيهم؛ ولم يقتلهم.

ولأنَّه مظهر للشهادتين؛ كالكافر الأصلي إذا أسلم.

ودليلنا:

قوله ﷺ: «مَن بدَّل دينه فاقتلوه»[4]؛ فأوجب قتله بنفس التبديل، ولا يمكن حمل هذا إلا على الزنديق.

ولأنَّ التوبة مِن المعصية المُستسَرِّ بها لا تُقبل؛ أصله: التوبة مِن الزنى والسرقة والقتل.

ولأنَّا لا نَصِلُ إلى صِدق توبته.

ولكونه[5] ظاهرا ينفيها وهو استسراره بالكفر؛ فأشبه مَن تاب مُكرَهًا، أو في كُمِّه صليبٌ يُقبِّله؛ فإنَّ هذا يمنع توبتَه.

---

(1) ينظر: الحاوي الكبير (13/ 151).

(2) رواه مسلم (21) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(3) رواه مسلم (96) من حديث أسامة بن زيد رضي الله عنه، وقال الخطيب في الأسماء المبهمة (ص: 456): «اختلف في هذا القاتل؛ فقيل: هو أسامة بن زيد بن حارثة مولى رسول الله ﷺ، وقيل: هو المقداد بن عمرو المعروف بابن الأسود».

(4) رواه البخاري (3017) من حديث علي بن أبي طالب رضي الله عنه.

(5) في (ع): (ولأنَّ معه).

ولأنَّ مِن عادتهم وما [و/ 490] عُرف بالمستفيض مِن شأنهم أنَّهم يسمون الأشياء بغير أسمائهم، برموز تواضعوها[1] بينهم، وقد أفسدوا به اللغة، وقلبوا المتعاهد بها؛ فيصير إذا عرضنا عليه التوبة أجابنا بلفظها، ولفظُها موضوع عندهم لمعنى آخر؛ كمَن قيل له: تبت[2]؟ فيُجيب بشيء آخر مثل قوله: «اليوم الخميس»، وما أشبه ذلك.

فإذا كان هذا ليس بإجابة؛ كذلك إذا أجابنا بلفظها، واعتقد[3] ما يعبرون به عنه.

فأما قوله: «فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم»؛ فمفهومه[4]: إذا كان مع قولهم أمارة تدلُّ على صدق اعتقادهم، أو لم يكن ظاهر حالهم كذبهم ونفي[5] اعتقادهم لها؛ كالمكره.

وقوله -عليه السلام-: «هلا شققت عن قلبه»، ليس مِن هذا؛ لأنَّه أخبر أنَّه[6] قتله بظن نفسه أنَّه قالها خوفًا على غنمه[7]، لا أنَّه ظهر منه على حال تنفي اعتقاده؛ وهذا بخلاف مسألتنا.

---

(1) في (ع): (تواطؤوها).

(2) في (ع): (تب).

(3) في (ع): (فكذلك إذا أجابنا لفظهم واعتبر).

(4) في (ع): (فظهر به).

(5) في (ع): (وبقي).

(6) في (ع): (أن).

(7) كذا في (خ) و(ع)، وفي مصادر التخريج: «خوفا من السلاح»، ينظر صحيح مسلم (96).

وأمَّا المنافقون: فقد أخبر ﷺ بعلة الكفِّ عن قتلهم، وأنَّه رأى في ذلك مصلحة لئلا يُنفِّر عنه، وقال: «[لا][1] يتحدَّث الناس أنَّ محمدا يقتل أصحابه»[2]؛ فيكون في ذلك تنفير[3] عن الدخول في شريعته.

وأمَّا الكافر الأصلي إذا أسلم فإنَّ إسلامه يُقبل؛ لأنَّه ليس معه ظاهر [ينفي][4] صدقه في اعتقاده، بخلاف الزنديق، والله أعلم.

فصل:

فأمَّا قوله: (وكذلك الساحر)؛ ففيه مسائل:

إحداها: أنَّه إذا سَحَر هو بنفسه قُتل، ولم يُستتب.

وقال الشافعي: «تُقبل توبته»[5].

وهذا عندنا حكمه حكم الزنديق؛ لأنَّ التوبة مِن كلِّ أمر مِن العصيان مُستَسَرٍّ به غير مقبولة في سقوط الحد؛ كالزنى وغيره[6].

وينبني الكلام في ذلك: على أنَّه كُفرٌ -عندنا- إذا فعله هو بنفسه[7].

ولا يُقبل قوله أنْ: «لستُ أعتقد إباحته»؛ خلافا لأبي حنيفة والشافعي[8].

---

(1) زيادة من مصادر التخريج .

(2) رواه البخاري (4905) ومسلم (2584).

(3) في (ع): (فيكون ذلك تنفيرا).

(4) في (خ): (فبقي)، والمثبت من (ع).

(5) ينظر: الأم (2/ 566-567)، ومختصر المزني (ص: 341).

(6) ينظر: النوادر والزيادات (14/ 532-533).

(7) في (ع): (تنفلا).

(8) ينظر: التجريد (11/ 5826).

والذي يدلُ على ذلك:

قوله تعالى: ﴿يُعَلِّمُونَ ٱلنَّاسَ ٱلسِّحْرَ وَمَآ أُنزِلَ عَلَى ٱلْمَلَكَيْنِ بِبَابِلَ هَـٰرُوتَ وَمَـٰرُوتَ ۚ وَمَا يُعَلِّمَانِ مِنْ أَحَدٍ حَتَّىٰ يَقُولَآ إِنَّمَا نَحْنُ فِتْنَةٌ فَلَا تَكْفُرْ﴾ [البقرة:102]، أي لا تكفر بتعلمه، فإنك إذا تعلمته صِرت كافرا.

وقوله: ﴿وَمَا كَفَرَ سُلَيْمَـٰنُ وَلَـٰكِنَّ ٱلشَّيَـٰطِينَ كَفَرُوا۟ يُعَلِّمُونَ ٱلنَّاسَ ٱلسِّحْرَ﴾ [البقرة: 102]، وظاهره: أنَّهم كفروا بذلك.

ولأنَّ الأمر الذي يصل[1] إلى الحيوان ويضر[2] بهم مِن أفعال الله تعالى، وهو المنفرد بالقدرة عليه؛ فمتى اعتقد الإنسان أنَّ ذلك مِن فِعله، وأنَّه قادر عليه صار ذلك اعتقادَ كفر، وكان بمثابة اعتقاده أنَّه يقدر على خلق الأجسام، لأنَّ كلَّ شيء مِن ذلك فالله تعالى ينفرد بالقدرة [عليه][3].

فإن قيل: إنَّ ذلك إنَّما يكون كفرًا إذا ضامَّه هذا الاعتقاد أو اعتقاد إباحته، فأمَّا إذا قال: «أنا أحسنه، ولا أعتقد أنَّه مِن فعلي، ولا أنِّي أقدر عليه، ولا أنَّه مباحٌ»؛ فليس ذلك بكفر.

ويبين ذلك: أنَّ هذا الاعتقاد لا يضاد اعتقاد الإيمان بالقلب؛ كما أنَّ الامتناع مِن فعل الصلاة مع الإقرار بمفروضها ليس بكفر.

قيل له: لا يلزم ما قلته لِما بيناه مِن إخبار الله تعالى أنَّه لا يصح منه أنْ

(1) في (ع): (ولأن الآلام تصل).

(2) في (ع): (وتضير).

(3) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

يحسنه ويتأتى منه إلا مع [كفر][1]؛ ولذلك أخبر بقوله: ﴿إِنَّمَا نَحْنُ فِتْنَةٌ فَلَا تَكْفُرْ﴾ [البقرة: 102]، لم يُرد بأن يعلمه، لكن بأن يتعلمه.

ويجوز أنْ يكون لأنَّه لا يتأتى منه أيضًا إلا مع اعتقاد هذه الأمور؛ وهذا أمرٌ الله أعلم به.

فأمَّا قوله: «إني أحسنه ولكن لا اعتقد إباحته، ولا أنَّه مِن فعلي»؛ فإنَّه ردٌّ لِما قد ثبت بالشرع خلافه؛ فلا يقبل منه، والذي لا يُصلي إذا قال: «أنا أعتقد وجوبها» بخلافه، لكن لورود الشرع بأنَّه لا يُحسنه ولا يَعلَمه إلا كافر؛ فسقط ما قالوه.

ولأنَّ الكفر ليس بصريح ولا كناية؛ لأنَّه [جنس][2] غير اللفظ باللسان، وهو نوع من الاعتقاد بالقلب، والصريح والكناية [و/ 491] إنَّما هو في النطق؛ فلا معنى لتعلقهم بذلك.

قالوا: ولأنَّه إذا لم يعتقد إباحته صار بمنزلة أنْ يقول: «أنا أقدر على المعصية، وأُحسن أنْ أزني وأشرب الخمر، ولكن لا أفعله».

فالجواب: أنَّ الفرق بين الأمرين:

أنَّ حكم المعصية لا يتعلق في تلك المواضع إلا بالفعل.

وفي السحر فعِلمه به[3]، وتمكُّنه مِن عمله، وهو كفعل نفس الزنى والسرق[4]؛ فبطل ما ذكروه.

---

(1) في (خ): (كونه)، والمثبت من (ع).

(2) في (خ): (خبر)، والمثبت من (ع).

(3) في (ع): (تعلمه له).

(4) في (ع): (والسرقة).

فصل:

وقال أبو حنيفة والشافعي: «إذا قال: لم أقتل أحدا بسحري[1]؛ فلا يقتل»[2].

إلا أنَّ أبا حنيفة يقول: «وإن اعترف بأنه قَتَل فإنَّه ينظر؛ فإن كان ذلك لم يتكرر منه فلا يُقتل، وإن كان قد تكرر وصار عادة؛ فإنَّه يُقتل»[3].

وبناه على أصله: أنَّ هذا قتلٌ بغير السلاح فلا قَوَد فيه؛ كالقتل بالسم والسوط، [وما][4] أشبه ذلك.

واستدلوا لمنع القتل بأن قالوا: لأنَّه مِن السعي في الأرض بالفساد، وذلك لا يكون إلا بالقتل؛ فإذا لم يحصل قتلٌ لم يجب قتله.

وهذا غلط؛ لِما دللنا عليه مِن كونه كافرًا، وقد قال ﷺ: «لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث»؛ فذكر: «كفرٌ بعد إيمان»[5].

ولقوله: «حد الساحر ضَربُهُ[6] بالسيف»[7]؛ فأطلق ولم يفصل بين أنْ يكون

(1) في (ع): (إذا لم يقتل أحد بسحره).

(2) ينظر: التجريد (11/ 5824)، والأم (2/ 567)، والحاوي الكبير (13/ 97-98).

(3) ينظر: التجريد (11/ 5824-5825).

(4) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(5) رواه أبو داود (4502) والترمذي (2158) والنسائي (4019) من حديث عثمان بن عفان -رضي الله عنه-، وقال الترمذي: «حديث حسن»، وينظر نصب الراية للزيلعي (3/ 317).

(6) كذا ضبط في (خ)، وفي (ع): (ضَرْبَةٌ).

(7) رواه الترمذي (1460) من طريق إسماعيل بن مسلم الحسن عن عن جندب مرفوعا، وقال: «هذا الحديث لا نعرفه مرفوعا إلا من هذا الوجه، وإسماعيل بن مسلم المكي يضعف في الحديث من قبل =

قد قَتَلَ أو لم يَقتُل.

ولأنَّ كل فعل يوجب القتل تكرارُه أوجبه ابتداؤه؛ أصله: القتل بالسلاح.

ولأنَّ كل فعل يوجب به القتل؛ فلا فرق بين تكراره وغير تكراره، أصله: الزنى مع الإحصان والقتل وغير ذلك.

وجميع ما ذكروه غير مسلَّم مِن أنَّ القتل لا يكون في القتل بالمُثْقَلِ[1]، وأنَّ السعي في الأرض بالفساد لا يكون فيه القتل إلا بالقتل؛ لأنَّ على أصولنا يُقتل وإنْ قَتل بغير المحدَّد، وكذلك المحارب؛ للإمام أنْ يقتله إذا رآه نظرا، وإن لم يكن قَتَل، وبالله التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ويُقتل مَن ارتد إلا أنْ يتوب، ويؤخَّر للتوبة ثلاثا، وكذلك المرأة).

قال القاضي أبو محمد -رحمه الله-:

أمَّا وجوب قتل المرتد؛ فالأصل فيه: قوله ﷺ: «مَن بدَّل دينه فاقتلوه»[2]، ورُوي[3]: «مَن غيَّر دينه»[4].

حفظه، والصحيح عن جندب موقوفا»، وقال في العلل الكبير (ص: 237): «سألت محمدا عن هذا الحديث فقال: هذا لا شيء، وإنما رواه إسماعيل بن مسلم، وضَعَّف إسماعيل بن مسلم المكي جدًّا».

(1) وهو القتل بغير المحدد، كالحجر والسوط والعصا والخنق والهدم وما أشبهه.

(2) رواه البخاري (6922).

(3) في (ع): (وكذلك).

(4) رواه ابن أبي زيد في الذب عن مذهب مالك (2/ 534).

ولا خلاف في ذلك.

فأمَّا إذا تاب؛ فإنَّ توبته مقبولة، ويسقط القتل عنه.

وهو قول فقهاء الأمصار.

وحكى أهل الخلاف عن قوم أنَّهم ذهبوا إلى منع قبول توبته[1].

والذي يدل على وجوب قبولها:

قوله تعالى: ﴿قُل لِّلَّذِينَ كَفَرُوٓاْ إِن يَنتَهُواْ يُغْفَرْ لَهُم مَّا قَدْ سَلَفَ﴾ [الأنفال: 38]؛ فعمَّ.

وقوله: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ثُمَّ كَفَرُواْ ثُمَّ ءَامَنُواْ ثُمَّ كَفَرُواْ ثُمَّ ٱزْدَادُواْ كُفْرًا﴾ [النساء: 137]؛ فأخبر أنَّ الإيمان يحصل معه الانتقال عنه، وذلك يتضمن وجوب قبول التوبة، ومنع القتل.

وقوله: ﴿إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُواْ وَأَصْلَحُواْ﴾ إلى قوله: ﴿فَأُوْلَٰٓئِكَ مَعَ ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾ [النساء: 146]، وقوله: ﴿إِلَّا مَن تَابَ﴾ [مريم: 60]، وقوله: ﴿أَنَّ ٱللَّهَ هُوَ يَقْبَلُ ٱلتَّوْبَةَ عَنْ عِبَادِهِۦ﴾ [التوبة: 104]، والظواهر في هذا كثيرة.

ويدلُّ عليه:

قوله ﷺ: «أُمرت أنْ أقاتل الناس حتى يقولوا: لا اله إلا الله؛ فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقِّها»[2]، ولم يفصل بين أنْ يقولها[3] بعد

(1) ينظر: الأوسط (13/ 458-460).

(2) رواه مسلم (21).

(3) في (ع): (يقولوها).

انتقالٍ عنها أو ابتداء.

ولأنَّ ذلك إجماع؛ لِما اتُّفق عليه مع أبي بكر -[رضي الله عنه]- في قبول توبة أهل الردة؛ فإنَّ ذلك مرويٌّ عن عمر وعلي وأكثرهم مِن غير خلاف.

ولأنَّه انتقل مِن ظاهر اعتقاد كفرٍ إلى اعتقاد إسلام؛ فقُبلت توبته، أصله: الكافر ابتداء.

ولا تعلق لهم بقوله: «مَن بَدَّل دينه فاقتلوه»، لأنَّ المرتد إذا تاب؛ فلم يُبدِّل دينه، بل عاد[1] إليه، والتبديل قد زال.

ولا يصحُّ قولهم: «إنَّ القتل وجب بنفس التبديل [سواء][2] أقام عليه أم زال عنه»؛ لأنَّ يبطلُ بالكافر الأصلي إذا أسلم.

فصل:

فأمَّا قوله: (إنه يستتاب)؛ فإنَّه قول كافة الفقهاء.

وحُكي عن الحسن: أنَّه لا يستتاب[3].

والدليل على ما قلناه:

حديث عمر بن الخطاب لمَّا بلغه: أنَّ رجلا ارتدَّ فقُتل قبل أنْ يستتاب؛ فقال: «هلا حبستموه ثلاثا، فأطعمتموه كلَّ يوم رغيفا، فإن تاب وإلا قتلتموه، اللهمَّ لم آمر، ولم أَرضَ إذ بلغني»[4].

---

(1) في (ع): (عدل).

(2) زيادة من (ع).

(3) ينظر: الأوسط (13/ 460).

(4) رواه مالك في الموطأ (2728)، من طريق عبد الرحمن بن محمد القاري عن أبيه عن عمر، بنحوه.

ولا مخالف له في ذلك يُعلم.

ولأنَّه يجوز أنْ يكون عَرضت له شبهة [و/ 492]؛ فإذا ذُكر له الإسلام زالت عنه.

ولأنَّ مَن قُبلت توبته؛ عُرضت عليه، كسائر الكفار.

فصل:

وعرضُ التوبة واجبٌ على الظاهر مِن المذهب؛ إلا أنَّه إنْ قتله قاتلٌ قبل استتابته؛ فبئس ما صنع، ولا يلزمه قَوَد ولا دية.

وقال أبو حنيفة: «لا تجب»[1].

وللشافعي قولان[2].

ودليلنا:

ما رُوي عن عمر في ذلك، مِن غير خلاف عليه.

ولأنَّه ممن[3] عَرَف الإسلام فيمكن أنْ تعرض له شبهة؛ فتزول بتقريره واستتابته.

فصل:

فأمَّا (تأجيله ثلاثا)؛ فقد اختلف الناس فيه:

فعند أبي حنيفة: يستحب مِن غير إيجاب[4].

(1) ينظر: التجريد للقدوري (11/ 5852).

(2) ينظر: الأم (2/ 568)، ومختصر المزني (ص: 341).

(3) في (ع): (من).

(4) ينظر: التجريد (11/ 5854).

وروي عن علي -[رضي الله عنه]-: «أنَّه يستتاب شهرا»[1].

وعن الثوري: أنَّه لا حدَّ في ذلك، ولكن يؤجل ما رُجيت توبته[2].

والدليل على ما قلناه:

ما رُوي عن عمر -[رضي الله عنه]- أنَّه قال: «هلا حبستموه ثلاثا»[3].

ولأنَّه معنى يوجب القتل بشبهة بعد العرض على الإسلام، فكان للتأجيل مدخل[4] فيه؛ أصله: ما نَبه الله به في قصة صالح، وهو قوله -عزَّ وجلَّ-: ﴿فَعَقَرُوهَا فَقَالَ تَمَتَّعُوا فِي دَارِكُمْ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ﴾ [هود:65].

فإن قيل: لأنَّ القتل الواجب لا يؤخَّر؛ أصله: القَوَد.

قيل له: القَوَد حقٌّ لآدمي لا تزيله[5] التوبة؛ فلا معنى لتأخيره، والردة يَسقط القتل الواجب بها مع التوبة.

وعلى أنَّ القَوَد يتعلق بإذن الولي، ألا ترى أنَّه لا يجوز أخذه إلا بعد إذنه، لجواز أنْ يعفو [فيسقط][6].

وكذلك القتل في الردة؛ لا يجوز أخذه إلا بعد عرض التوبة، لجواز أنْ يتوب، [فيسقط].

---

(1) ينظر: مصنف عبد الرزاق (18691).

(2) ينظر: الأوسط لابن المنذر (13/ 462).

(3) موطأ مالك (2728)، وتقدم قريبا.

(4) في (ع): (مدخلا).

(5) في (ع): (تلزمه).

(6) في (خ): (فسقط)، والمثبت من (ع).

وكذلك إنْ قاسوه على الرجم في الزنى؛ فالمعنى فيه أنَّ التوبة لا تُسقِط الحد؛ فلا معنى لتأخيره، لأنَّ التأخير إنَّما فائدته توقُّع أمرٍ يُسقطه.

قال الجرجاني: «ولأنَّ في تأخيره إعزازا للردة واستهانة للإسلام[1]».

وهذا بالعكس مِن الصواب؛ لأنَّ في تأخير الاستتابة إعزازا للإسلام وإظهارا لشأنه وإعلاء لكلمته؛ لأنَّ في الاستتابة وعرضها عليه هيبة وإذلالًا للمرتد، وإلزامًا[2] للعفو عنه والصفح عن جُرمه إنْ أقلع وتاب؛ فبطل ما قاله[3].

فإن قيل: فلم جعلتم الثلاث حدًّا؟

قيل له: مِنْ قِبل أنَّه قد عُلِّق بها غاية ما يطلب في الشرع للارتياء والنظر؛ مثل خيار الشفيع، وعلى أصلهم: خيار الشرط.

ولِمَا رويناه عن الصحابة في ذلك[4].

ولأنَّه لمَّا كان الغالب في[5] أمر المرتد أنَّه إنَّما ارتد لشبهة يزيلها النظر والتدبير والارتياء والتثبت؛ كان أقرب المدة التي تكفي في ذلك في مثلها ثلاثة أيام، والله أعلم.

---

(1) في (ع): (إعزاز بالردة واستهانة بالإسلام).

(2) في (ع): (والتزاما).

(3) في (ع): (قالوه).

(4) لخبر عمر المذكور قريبا .

(5) في (ع): (من).

فصل:

فأما قوله: (وكذلك المرأة)؛ فهذا قولنا وقول الشافعي؛ أَنَّها تقتل إذا ارتدت[1].

وقال أبو حنيفة: لا تقتل[2]:

لنهيه عن قتل النساء[3]؛ وهذا [عام][4].

ولأنَّ كفر المرأة لا يبيح قتلها؛ أصله: الكفر الأصلي.

ولأنَّ الكفر ضربان: أصلي، وطارئ؛ فإذا لم يُقتل بالأصلي لم يُقتل بالطارئ.

ولأنَّ إسلامها لم يحقن دمها، لأنَّها كانت محظورة الدم قبله؛ فزواله لا يبيح دمها، لأنَّها تعود إلى ما كانت عليه.

ودليلنا:

قوله ﷺ: «مَن بدَّل دينه فاقتلوه»[5]؛ فعمَّ.

ولأنَّه شخصٌ مسلمٌ حصلت منه الردة، فوجب قتله؛ كالرجل.

ولأنَّ كلَّ معصية أباحت دم الرجل بعد حظره فإنَّها تبيح دم المرأة؛ كالقتل والزنى مع الإحصان.

ولأنَّ القتل بالردة؛ للرجوع عن الإسلام بعد اعتقاده، وهذا موجود في

---

(1) ينظر: التفريع (2/ 232)، والأم (2/ 568).

(2) ينظر: السير الصغير للشيباني (ص: 204).

(3) رواه البخاري (3015) ومسلم (1744).

(4) في (خ): (أعظم)، والمثبت من (ع).

(5) رواه البخاري (6922).

المرأة كوجوده في الرجل.

وإذا ثبت هذا:

فخبرهم عامٌّ يخصُّه خبرنا، ولا يمكنهم [مقابلتنا][1] لأنَّا نترجح[2] عليهم، لأنَّ خبرنا فيه تعليق الحكم بالمعنى، وخبرهم فيه تعليق الحكم بالاسم، وتعليق الحكم بالمعنى أولى.

والمعنى في الكافرة الأصلية: أنَّها تُرَقُّ بالسبي، والمرتدة بخلافها.

وقولهم: «مَن لم يُقتل بالكفر الأصلي لم يقتل بالطارئ»؛ يبطل بالشيخ الفاني والرهبان.

وقولهم: «إنَّ الإسلام لم يحقن دمها»؛ فلا يمتنع أنْ يتعلق به إباحة دمها، وإنْ لم يكن هو [الحاقن][3] في الأصل، ثم ينتقض بالشيوخ وأهل الصوامع.

[و/ 493] وبالله التوفيق.

مسألة

قال -رحمه الله-:

(ومَن لم يرتد وأقرَّ بالصلاة وقال: «لا أُصلي»، ومضى[4] وقت صلاة واحدة، فإن لم يصلها[5] قُتل).

---

(1) في (خ): (مقاتلتنا)، وفي(ع): (مقابلته)، والمثبت أليق بالسياق.

(2) في (ع): (نرجح).

(3) زيادة من (ع).

(4) في (ع): (وأخر حتى يمضي).

(5) في (ع): (يصليها).

(ومَن ترك الصلاة جحدًا لها فهو كالمرتدِّ يستتاب ثلاثًا؛ فإن لم يتب قُتل)[1].

قال القاضي -رحمه الله-:

أمَّا إذا تركها جحدا لوجوبها كان ذلك ارتدادا منه، فحكمه حكم المرتد: لا يُصلى عليه إنْ مات، ولا يدفن في مقابر المسلمين، ويُقتل إنْ لم يتب[2] على ما ذكرناه[3].

فإن قيل: فإذا كان يجحد وجوبها يكون مرتدا؛ فما معنى قول [أبي محمد][4]: (إنَّه كالمرتد)، وهذا التشبيه يفيد أنَّه ليس بمرتد؛ لأنَّ الشيء لا يشبَّه بنفسه[5]؟

قيل له: إنَّما أراد أنَّه كالذي جاهر[6] بالارتداد عن الإسلام، وأظهر الانتقال عن الدين؛ لأنَّ اسم المرتد في الإطلاق على هذا لم[7] يقع.

وإذا جحد الصلاة وحدها، ولم يُظهر الخروج عن الإسلام؛ فإنَّ حكمه حكم هذا الذي أظهر الخروج عن الإسلام، وجاهر بالردة، والله أعلم.

---

(1) هذه الفقرة من المتن قدمها الشارح لارتباطها بما قبلها.

(2) في (ع): (إن ثبت).

(3) في (ع): (بيناه).

(4) في (خ): (ابن عمر)، والمثبت من (ع).

(5) في (ع): (نفسه).

(6) في (ع): (ظاهر).

(7) قوله: (لم) ليس في (ع).

فأمَّا إذا تَركَها وهو معتقد بوجوبها، وقال: «لست أصلي الساعة، ولا أقضيها بعد وقت، أو أقضيها إلا أنِّي الساعة لا أصلِّي»، على طريق التهاون والتكاسل؛ فإنَّه يُؤخر إلى أنْ يمرَّ[1] عليه وقت صلاة واحدة، فإن صلَّاها وإلا قُتل إنْ لم يتب.

هذا قولنا، وقول الشافعي[2].

ويكون قتله حدًّا له، لأنَّه لا يُكفَّر بذلك.

وحُكي عن قوم مِن أصحاب الحديث: أنَّه يُكفَّر بذلك، ويقتل، ولا يُورث[3].

وقال أبو حنيفة: «لا يقتل، ولكن يحبس إلى أنْ يصلي»[4].

واستدل بقوله ﷺ: «لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث: كفر بعد إيمان، أو زنى بعد إحصان، أو قتل نفس»[5]، فما عدا هذا؛ فلا يجوز القتل معه.

وقوله ﷺ: «أُمرت أنْ أُقاتل الناس حتى يقولوا: لا إله إلا الله؛ فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقِّها»[6]؛ وهذا قائل لها.

ولأنَّها عبادة مِن فروع الدين؛ فلم يُقتل بتركها، أصله: الزكاة والحج والصوم.

---

(1) في (ع): (يمضي).

(2) ينظر: النوادر والزيادات (1/ 150-151)، والحاوي الكبير (2/ 525).

(3) ينظر: الإشراف لابن المنذر (8/ 246)، والحاوي الكبير (2/ 525)، وهو قول أحمد وابن راهويه.

(4) ينظر: التجريد (2/ 1024).

(5) تقدم تخريجه (ص: 375).

(6) رواه مسلم (21).

ولأنَّه لا يخلو أنْ يقتل بترك الصلاة في وقتها، أو بصلاة قد فات وقتها:

ولا يجوز أنْ يُقتل بالفوائت؛ لأنَّ وقتها غير باقٍ[1].

ولا بالتي وقتها[2] باقٍ؛ لأنَّ فعلها ممكن في الوقت.

والذي يدلُّ على ما قلناه:

قوله تعالى: ﴿فَإِن تَابُوا۟ وَأَقَامُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتَوُا۟ ٱلزَّكَوٰةَ فَخَلُّوا۟ سَبِيلَهُمْ﴾ [التوبة: 5]؛ فدلَّ على أنَّهم إذا لم يقيموا الصلاة قتلوا.

وقوله: «بين العبد وبين الكفر ترك الصلاة»[3]، وأقلُّ أحوال هذه الإضافة استباحة الدم.

فإن قيل: إذا جاز لكم أنْ تحملوا الظاهر على غير ظاهره، وهو أنَّ التسمية لتعلق بعض أحكام الكفر به؛ جاز لنا أنْ نحمله على غير ما حملوه[4] عليه، وهو [مقاربة][5] الكفر؛ لأنَّ تارك الصلاة يخاف عليه أنْ يعود إلى الكفر.

وقد يعبر عن مقارنة الشيء بالشيء نفسه؛ كما قال -[تعالى ذِكْره]-: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ﴾ [البقرة:234، الطلاق:2] يريدُ: إذا قاربن [الأجل][6]، وكما قال: «فإذا فعلت هذا فقد تمت صلاتك»[7]، يريد: قاربت الإتمام.

---

(1) في (ع): (باق متنجم)، وفي (خ): (منحتم)، ووضع عليها علامة التضبيب وصوبت إلى المثبت.

(2) في (ع): (بالذي فيها).

(3) رواه مسلم (82)، بنحوه.

(4) في (ع): (أن تحملوه على غير ما حملتموه).

(5) في (خ)، (ع): (مقارنة)، والمثبت أليق بالسياق.

(6) زيادة من (ع).

(7) جزء من حديث المسيء صلاته، رواه الترمذي (302) وحسنه، وأصله في الصحيحين دون هذه الزيادة.

فالجواب: أنَّ هذا يبطل فائدة تخصيص الصلاة بذلك؛ لأنَّ سائر العبادات إذا تركها وتمادى في تركها خِيف عليه أنْ يعود إلى الكفر.

فإن قيل: نحمله عليه إذا ترك اعتقاد وجوبها؛ لأنَّ ذلك كفرٌ على الحقيقة، ونحمل الترك على المجاز.

قيل له: الجواب عن هذا كالجواب عن الذي قبله، وهو أنه يسقط فائدة تخصيص الصلاة؛ لأنَّ غيرها مِن العبادة يكفر بترك اعتقاد وجوبها، كالزكاة والصوم والوضوء وغير ذلك.

فإن قيل: إنَّ نصَّه على الصلاة تنبيه على غيرها.

قيل له: التنبيه يقعُ على الأعلى بالنصِّ على الأدنى، فأمَّا بالمتساويات أو بالأعلى على الأدنى فلَا.

ويدلُّ على ما قلناه:

قوله ﷺ: «نُهيت عن قتل المصلين»[1]، وحقيقة هذه التسمية: لفاعل الصلاة [و/ 494]؛ فوجب أنْ يكون مَن لم يفعلها غير منهي عن قتله، وليس إلا لقوله بوجوب قتله.

فإن قيل: المراد مَن يعتقد وجوب الصلاة، لأنَّ مَن لا يعتقد وجوبَها وفَعَلَها لا يُسمَّى مصلِّيا؛ ومِن حقِّ الدليل أنْ يكون في مقابلة النطق، على ما ذكرناه انتفى[2] أنْ يكون له دليل.

---

(1) رواه أبو داود (4928) من طريق أبي يسار القرشي عن أبي هاشم عن أبي هريرة، وقال الدارقطني في العلل (11/ 230-231): «وأبو هاشم، وأبو يسار مجهولان، ولا يثبت الحديث».

(2) في (ع): (ينفي).

قيل له: مَن فَعل هذه الحركات غير معتقد لوجوبها فليس بمصلٍّي، وإنَّما المصلي مَن فعلها مع اعتقاده[1] وجوبها، فأمَّا إذا اعتقد وجوبها ولم يفعلها فليس بمصلِّي؛ فلا يتعلق به حكم.

وقد ذكر أصحابنا عللًا منها:

أنْ قالوا: إنَّها عبادة لا يسقط وجوبها مع التكليف، ولا [يعذر][2] المنابذ فيها بحالٍ؛ فجاز أنْ يستحق بتركها القتل، كالإيمان.

ولا تلزم عليه الصلاة الفائتة؛ فإنَّها مِن جملة ما علَّلنا له، لكن في وقت استحقاق القتل بتركها، وهو في حال بقاء الوقت وتضيقه.

ولا الزكاة؛ لأنَّ السلطان يأخذها منه.

ولا الحج؛ لأنَّ وجوبها لا يتوجه مع [عدم][3] الاستطاعة.

وقالوا -أيضًا-: لأنَّ أحكام الشرع ضربان: مأمور به، ومنهيٌّ عنه.

وقد ثبت أنَّ مِن المنهي عنه ما يَستحق القتل بفعله، وهو الزنى والقتل؛ فوجب أَنْ يكون مِن المأمور به ما يَستحق القتلَ بأن لا يفعله؛ وهو الصلاة، لأنَّه ليس غيرها.

وإذا ثبت هذا؛ فقوله ﷺ: «لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث»، يزاد عليه ترك الصلاة بما ذكرناه.

---

(1) في (ع): (اعتقاد).

(2) في (ع): (يعم)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(3) زيادة يقتضيها السياق.

وقد اتفقنا -نحن وهُم- على ترك ظاهره لإيجابنا زائدًا على الثلاث: وهو المحاربة، وسبُّ النبي ﷺ.

وقوله: «أمرت أنْ أقاتل الناس حتى يقولوا: لا إله إلا الله؛ فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلَّا بحقها»، والصلاة مِن حقِّها.

وبهذا أجاب أبو بكر -رضي الله عنه- عن استدلال عمر بهذا الحديث في منع قتال مَن مَنع الزكاة[1]، فلم يخالفه أحد مِن الصحابة.

واعتبارهم بالزكاة لا يصح؛ لأنَّ لنا طريقًا في أخذها منه.

والصوم فيه نظر، ويُمكن أَنْ يقال: إنه يُحبس ويُمنع الطعامَ والشرابَ.

والحج؛ فمتعلِّق بشروط لا ينحتِم وجوبه إلا بها، ومِن الناس مَن يقول: إنَّ وقته موسع، فكانت الشبهة فيه أقوى منها في الصلاة.

وتقسيمهم لا يصحُّ؛ لأنَّه يقتله بتركه فعل الصلاة التي تضيَّق وقتها، وليس ذلك قتلًا [بفائتة][2]، ولا بموسع وجوبه، والله أعلم.

فصل:

فأمَّا مَن ذهب إلى تكفيره بنفس الترك وامتناعه عن الفعل؛ فاحتج بقوله ﷺ: «بين العبد وبين الكفر ترك الصلاة»[3]؛ فعمَّ.

---

(1) ينظر: صحيح البخاري (7284)، وصحيح مسلم (20).

(2) في (ع): (بغاية)، ولعل المثبت أليق بالسياق، وقد تقدم تقسيمهم ترك الصلاة إلى فائتة أو باق وقتها.

(3) رواه مسلم (82)، بنحوه.

ولقول عمر -رضي الله عنه- لمَّا أُذِّن بالصلاة في جُرحِه الذي مات فيه: «لا حظَّ في الإسلام لمن ترك الصلاة»[1].

وقياسًا على تركها مع الجحد.

ودليلنا:

قوله ﷺ: «خمسُ صلوات كتبهنَّ الله على عباده في اليوم والليلة؛ مَن أحسن وضوءهن كان له عند الله عهد أَنْ يدخل الجنة، ومن ضيَّعهن لم يكن له عند الله عهد؛ إِنْ شاء عذبه وإِنْ شَاء غفر له»[2]؛ وهذا [ينفي][3] تكفيره، ولأنَّ الكفر لا يُغفر.

ولأنَّها عبادة منها نفل وفرض؛ فلم يُكفَّر بتركها، أصله: ما ذكرناه.

ولأنَّ [الكفر][4] هو اعتقاد ما ينافي أصول الإيمان دون فروعه؛ وهذا لم يوجد منه ذلك، فلم يُكفَّر.

فأما الخبر؛ فإنَّه تشبيهٌ بالكافر في إباحة دمه.

وكذلك قول عمر -رضي الله عنه-؛ معناه: نفي الخير عنه والحظِّ مِن فضله لا مِن وقوع الاسم.

وأمَّا إذا [ضامَّ تركه][5] لها الجحدَ فقد صار مرتدا، والارتداد خروج عن

---

(1) رواه مالك في الموطأ (117).

(2) رواه مالك في الموطأ (400)، ومن طريقه أبو داود (1420) والنسائي (461) وقال ابن عبد البر في التمهيد (23/ 288): «حديث صحيح ثابت».

(3) في (ع): (يكفي)، والمثبت أليق بالسياق.

(4) في (ع): (كفر)، والمثبت أليق بالسياق.

(5) في (ع): (صام وتركه).

الإسلام؛ ليس كذلك إذا انفرد بتركها، وبالله التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

(ومَنِ امتنع أَنْ يُؤدِّي الزكاة أخذت منه كَرهًا).

قال القاضي -رحمه الله-:

هذا قولنا وقول الشافعي[1].

وهل يُجزئه ذلك، وتَقُوم نيةُ الإمام مقامَ نيته؟

مختلف فيه[2].

وقال أبو حنيفة: لا تُجزئه[3].

ودليلنا:

قوله تعالى: ﴿خُذۡ مِنۡ أَمۡوَٰلِهِمۡ صَدَقَةً﴾ [التوبة:103] [و/ 495] فأمر بأخذها، ولم يُفرِّق بين أَنْ يكونوا ممتنعين أو طائعين؛ وظاهر الأمر يفيد إجزاء المأمور به.

وقوله: «أُمرت أَنْ آخذ الصدقة مِنْ أغنيائكم فأردَّها في فقرائكم»[4]، ولا

---

(1) ينظر: النوادر والزيادات (14/ 536)، والحاوي الكبير (3/ 185).

(2) ينظر: البيان والتحصيل لابن رشد الجد (2/ 481).

(3) ينظر: شرح مختصر الطحاوي للجصاص (2/ 268-269)، ففيه أنها تجزئه.

(4) لم أهتد إليه بهذا اللفظ مسندا، وورد من حديث معاذ بن جبل بلفظ: «أن الله افترض عليهم صدقة في أموالهم تؤخذ من أغنيائهم وترد على فقرائهم»، رواه البخاري (1395) ومسلم (19)، وروى البخاري (63) نحوه من حديث أنس بن مالك في قصة الرجل الذي دخل المسجد، وفيه أنه سأل النبي ﷺ أنشدك بالله، آلله أمرك أن تأخذ هذه الصدقة من أغنيائنا فتقسمها على فقرائنا؟ فقال النبي ﷺ «اللهم نعم».

نُفرِّق بين حال الامتناع والأداء.

وقوله: «مَن منعها فأنا آخذها وشطرَ ماله، [عزمة مِن عزمات][1] ربنا، ليس لآل محمد فيها شيء»[2].

ولأنَّه حقٌّ في عين مالٍ جُعل إلى الإمام أخذه والمطالبة به؛ فوجب أنْ يكون له أخذُه جبرا عند امتناع مَن هو عليه؛ دليله: الغصوب والسرقات.

أو لأنَّه حقٌّ في مال شخص[3] تصح فيه النيابة مع القدرة، فوجب أنْ يُؤخذ جبرا عند امتناع مَن هو عليه؛ كالديون.

فإن قيل: فإنَّ الديون تسقط بالإبراء، وليس كذلك الزكاة.

قيل له: هذا بأنْ يدلَّ على ما نقوله أولى؛ لأنَّ سقوطها بالإبراء يدل على تخفيف وجوبها، فإذا كان أخذها واجبًا ويُجزئ؛ كان ما هو آكد وجوبا ولا يسقط بالإبراء أولى.

فإن قيل: إنَّ الديون والغصوب ليس مِن شرطها النية؛ وليس كذلك الزكاة لأنَّ[4] مِن شرطها النية.

قيل: نية الإمام تقوم له مقام نية المؤدي عند مَن رأى الإجزاء، كما تقوم

---

(1) في (ع): (غرمة من غرامات)، والمثبت من مصادر التخريج .

(2) رواه أبو داود (1575) والنسائي (2449)، من طريق بهز بن حكيم بن معاوية عن أبيه عن جده، وقال ابن الملقن في البدر المنير (5/ 481): «إسناد هذا الحديث صحيح إلى بهز، واختلف الحفاظ في الاحتجاج بحديث بهز»، وينظر التلخيص الحبير (3/ 1321).

(3) في (ع): (محض).

(4) في (ع): (فكذلك الزكاة لا تكون).

نية ولي اليتيم مقام نيته.

فإن قيل: إنَّما يصحُّ ذلك إذا لم يكن المأخوذ مِنه مِن أهل النية؛ فأمَّا مع كونه مِن أهل النية فلا.

قيل له: هذه نفس الدعوى، على أنَّه إذا خرج على أنْ يكون مِن أهل النية بعارض وهو الامتناع؛ فكان ذلك كالطفولية فلم يمنع[1] أنْ تقوم نية الآخذ مقام نيته.

فإن قاسوه على الصلاة والصيام؛ فالمعنى في ذلك أنَّه مِن حقوق الأبدان، فلا تصح فيه[2] النيابة بوجهٍ، ألا ترى أنَّه لا يتوجَّه وجوبه على الطفل، وليس كذلك حكم الزكاة.

ومِن أقوى ما يُستدل[3] به في ذلك حديث أبي بكر -رضي الله عنه- في قتل أهل الردة.

وقوله: «والله لو مَنعُوني عَنَاقا -أو عقالا- ممَّا كانوا يؤدونه إلى النبي ﷺ لجاهدتهم عليه»[4].

ولم يخالف عليه أحد؛ فدَّل على ما قلناه.

والله أعلم.

---

(1) في (ع): (يمتنع).

(2) في (ع): (فيها).

(3) في (ع): (يتمسك).

(4) رواه البخاري (1399)، ومسلم (20)، بنحوه.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله -:

(ومَن ترك الحجَّ؛ فالله حسيبه).

قال القاضي -[رحمه الله]-:

يعني أنَّه لا يقتل، بخلاف تارك الصلاة، لأنَّ الناس مختلفون في وقت تضييقه؛ فمنهم مَن يقول: إنَّه موسَّع له فيه، ولا وقت إلا وله تَركُه فيه بشرط العزم على أدائه؛ فقتله ممتنع[1] على قول هؤلاء، لأنَّ مِن شرطه أنْ يترك واجبا مضيَّقا لا موسَّعا.

وأمَّا على قول مَن يقول: بأنَّه مُضيَّق غير موسَّع -وهو الذي ينصره أصحابنا[2]-؛ فلأنَّ وقت تضييقه غير معلوم إلا بأمانته؛ لأنَّه مجتهدٌ فيه، إذ هو[3] مشروط بالزاد، وعند بعض الناس بالراحلة، وعند جميعهم: الزاد والراحلة لمن لا يمكنه المشي ببدنه.

وكونه على شرط مَن يلزمه لا طريق إلى العلم به إلا من جهته؛ فكان أمره أخفَّ مِن ترك الصلاة، لكثرة الشبهة فيه وقوتها في تحقيق تضييقه.

والله أعلم.

---

(1) في (ع): (ممنوع).

(2) في (ع): (وهو الصحيح نصره أصحابنا).

(3) في (ع): (لأنه).

مسألة

قال -رحمه الله-:

(ومَن سبَّ رسول الله ﷺ قُتل ولم تقبل توبته، ومَن سبَّه مِن أهل الذمة بغير ما به كفروا [1] أو سبَّ الله -عزَّ وجلَّ- بغير ما به كفروا قُتل؛ إلَّا أنْ يُسْلِم).

قال القاضي -رحمه الله-:

أمَّا المسلم إذا سبَّ النبي ﷺ؛ فالكلام فيه مِن وجهين:

أحدهما: أنَّ حدَّه القتل.

والآخر: أنَّه لا يسقط بالتوبة.

فأما الدليل على أنَّه يُقتل:

فلأنَّ ذلك عَلَم على ارتداده، وقد قال النبي ﷺ: «مَن بدَّل دينه فاقتلوه»[2].

ورُوي [عنه][3]: «مَن غيَّر دينه فاضربوا عنقه»[4].

ويدل عليه:

قوله -جلَّ وعزَّ-: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾ [النساء:65] [و/496]؛

---

(1) في (ع) زيادة: (قتل).

(2) رواه البخاري (6922).

(3) زيادة من (ع).

(4) رواه مالك (2726) عن زيد بن أسلم مرسلا.

فأخبر أنَّ الإيمان لا يحصل منهم متى لم يُحكِّموه[1]، ويعتقدوا أنَّه حَكَم بعدل صواب؛ فكان بأن لا يحصل[2] الإيمان منهم مع [سبِّه][3] وثلبه أولى.

فإن قيل: فيجب أنْ يحكموا بأنَّه كافر.

قيل له: نحن وإنْ أثبتنا له أحكام الكفر بوجوب القتل؛ فلا يجوز الحكم له بذلك وهو يقرُّ بالتوحيد والنبوة، ويزعم أنَّ ذلك كان منه معصيةً وخطيئةً، ولا يمنع إثبات بعض أحكام الكفر، وإنْ لم تثبت خصائصه؛ كما نقول في تارك الصلاة: «إنَّه يُقتل لأنَّ تاركها يسمى كافرًا» على تأويل أنَّه يُقتل كما يُقتل الكافر.

فأمَّا إذا عُلم منه أنَّه سبَّه معتقدا استحلاله؛ فلا شك فيه أنَّه يكفر بذلك.

ويدلُّ عليه:

أنَّ رجلا سبَّ أبا بكر -رضي الله عنه- فقام رجل فشَهَر سيفه ليضرب عنقه؛ فقال له أبو بكر: ما أنت صانع؟! فقال: أقتله لسبِّه إياك، فقال: أوَ فاعل أنت؟! قال: نعم إنْ لم تمنعني، قال: «اجلس فليس ذلك إلا لرسول الله ﷺ»[4].

فأخبر بأنَّ سابَّ رسول الله ﷺ يُقتل، ولم يخالف عليه أحد؛ فدلَّ على ما قلناه.

---

(1) في (ع): (لا يحصل لهم حتى يحكموه).

(2) في (ع): (يتحصل).

(3) في (خ): (سلبه)، والمثبت من (ع).

(4) رواه أبو داود (4363) والنسائي (4071-4077)، من طرق عن أبي برزة، وهو الرجل الذي شهر سيفه.

ونفرض الكلام في قذفه؛ فنقول:

لأنَّ القذف معنًى يُراعى فيه الإحصان، أو للإحصان تأثير فيه يتعلق به الجَلد، فوجب أنْ يكون منه ما يتعلق به القتل؛ أصله: الزنى.

ووجه تأثير الإحصان فيه: أنَّ مَن قذف غير مُحصَن؛ فلا حدَّ عليه.

وكذلك تأثير الإحصان في الزنى: أنَّ المُحصن يُرجم، وغيره يُجلد.

وإنَّما ذكرنا ذلك احترازا مِن الشُّرب؛ لأنَّه يوجب الحدَّ، وليس مِن جنسه ما يوجب القتل.

فليس ذلك إلا للنبي ﷺ.

ولأنَّ حدَّ القذف مبنيٌّ على حسب حرمة المقذوف؛ ألا ترى أنَّه لا حدَّ على قاذف الكافر لنقصان حرمته عن المسلم، وفارق العبد.

وإذا كان كذلك؛ فكان النبي ﷺ أعظم حرمة مِن أمته بِوجه لا يساويه فيه أحد مِن البشر؛ وجب أنْ يكون حدُّ قذفه له مزية على قذف غيره؛ وليس ذلك إلا ما قلناه.

ولا يدخل عليه قذف الجاهل للعالم، ومَن في عصر التابعين للصحابة؛ لأنَّ فضيلة هؤلاء مشتركة غير مختصة، وفضل النبي ﷺ مخصوص له، لا يُشارك فيه.

فإن قيل: لأنَّه قذف يستحق به الحد؛ فوجب ألَّا يجب به القتل، أصله: قذف سائر الناس.

قيل له: عنه جوابان:

أحدهما: أنَّه مبنيٌّ على موضوع فاسد، وهو تساوي حرم المقذوفين؛ وذلك باطل على ما بيناه.

والآخر: أنَّ المعنى في سائر الناس تشاركهم في الفضيلة والحرمة[1]، وليس كذلك النبي ﷺ.

وإذا ثبت أنَّ حدَّه القتل:

فإنَّه لا يسقط بالتوبة عن المسلم إعظاما لحرمته ﷺ.

ولأنَّه لو قذف غيره ثم تاب؛ لم تُسقط التوبة حدَّه، فلَأَن لا تسقطها في قذفه أولى.

فإن قيل: المعنى في ذلك: أنَّ الحد فيه دون القتل؛ فلذلك لم تُقبل فيه التوبة، لأنَّه ليس في منع قبولها إتلافه؛ وليس كذلك في هذا الموضع، لأنَّ في منع قبولها إتلافه.

قيل [له][2]: لا اعتبار بالإتلاف وعدمه؛ لأنَّ الزاني المحصن لا تقبل توبته، وإنْ أدَّى منعُ قبولِها إلى إتلافه.

واحتج مَن خالفنا بما رُوي: أنَّ بعض اليهود دخل على النبي ﷺ فقال: «السام عليك يا محمد»؛ فقال: «وعليكم»؛ فقالت عائشة: «عليكم السَّام واللعنة»، فقال: «مهلا يا عائشة! إنَّ الله يحبُّ الرفق في الأمر كلِّه»[3]؛ فلم

(1) في (ع): (الحرم).

(2) زيادة من (ع).

(3) رواه البخاري (6024) ومسلم (2165)، به، بمثله.

يقتله[1]، وهذا ضد قولكم.

فالجواب: أنَّه لم يُنقل في الخبر أنَّهم كانوا أهل [و/ 497] عهد ولا ذمة، ولا أنَّهم كانوا أهل حرب؛ فلا يجوز[2] ترك موجب الأدلة لأمر محتمل[3].

وعلى أنَّ ذلك كان في بدء الإسلام، وقد كان ﷺ يُداري مِن الكفار والمنافقين ويصبر عليهم ما لا يجوز لنا الصبر[4] عليه، وكان يتألف بعضهم بإعطائهم من الصدقة، وكل ذلك زائل عنا اليوم لقوة الدين وعَوْنِه، ولله الحمد، فلا يجوز اعتبار هذا الوقت بما تقدم.

قالوا: «ولأنَّه قد ثبت أنَّه لو سبَّ الله تعالى لقُبلت توبته؛ فكان سبُّ النبي ﷺ أولى».

فالجواب: أنَّ الفرق بين الأمرين:

أنَّ النبي ﷺ بشرٌ، وأنَّ البشر جنس تلحق بهم المعرَّة إلَّا مَن أكرمه الله تعالى بنبوَّته، ولولا ذلك لكان مشارِكا لغيره مِن البشر.

وليس كذلك الباري -تعالى- للقطع على كذب سابه[5]؛ لأنَّه لا [تعم][6] المعرَّة عليه، وليس بذي جنس فتلحق المعرَّة بجنسه.

---

(1) في (ع): (يقتلهم).

(2) في (ع): (يوجب).

(3) في (ع): (يحتمل).

(4) في (ع): (ويصبر لهم على ما لا يجوز الصبر لنا).

(5) في (ع): (شاتمه)، تعالى الله سبحانه .

(6) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

قالوا: ولأنَّ أكثر ما في سبِّ النبي ﷺ أنْ يكون ارتدادا، وذلك لا يمنع قبول التوبة؛ فما دونه أولى.

فالجواب: عن هذا جوابان:

أحدهما: أنَّ الارتداد معنى ينفرد به المرتد، لا يتعلق به حقٌّ لغيره مِن الآدميين، فلذلك قُبلت توبته؛ وليس كذلك سبُّ النبي ﷺ، لأنَّه يتعلق به حقٌّ لآدمي؛ فكان كالمرتد يُقتل في حال ارتداده، والقذف فإن توبته لا تسقط ذلك عنه.

والثاني: أنَّه ليس إذا قُبلت توبة المرتد وجب في الذنب الأصغر أنْ يسقط بالتوبة؛ كالزنى والقذف وغيره.

ولسنا نوجب القتل في سبِّه لمعنى يرجع إلى كفر السابِّ، ولكن لمعنى يرجع إلى تعظيم حرمته ﷺ، وزوال إلحاق المعرَّة به؛ وذلك لا يسقط بالتوبة، وبالله التوفيق.

فصل:

فأمَّا (الكافر إذا قال: أنا أسلم)؛ ففيه روايتان:

إحداهما: أنَّ القتل يسقط عنه.

والأخرى: أنَّه لا يسقط عنه.

فوجه قوله: «إنَّه يسقط عنه»:

قوله تعالى: ﴿قُل لِّلَّذِينَ كَفَرُوٓاْ إِن يَنتَهُواْ يُغْفَرْ لَهُم مَّا قَدْ سَلَفَ﴾[الأنفال:38]؛ فعمَّ.

وقوله ﷺ: «الإسلام يجُبُّ ما قبله»[1].

ولأنَّ سبَّه له ليس بأعظم مِن كفره، فإذا قبلت توبته مِن الكفر؛ فمِن سبِّ النبي ﷺ أولى.

والفرق بينه وبين المسلم: أنَّ الكافر يعتقد سبَّه، وعلى ذلك أقررناه، إلا أنَّه مُنع الجهار[2]، فإذا أظهره كان ذلك نقضًا لعهده، وليس كذلك المسلم؛ لأنَّه لم يقرَّ على ذلك، فكان ذلك كالارتداد منه.

ووجه قوله: «إنَّه لا يسقط عنه القتل، ولا تقبل توبته»؛ فلأنَّه قد انتهك حرمته، فلم تقبل توبته لإزالة المعرَّة عنه ﷺ.

ولأنَّ المسلم لمَّا لم تقبل توبته؛ كان الكافر بذلك أولى، والله أعلم.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(وميراث المرتد لجماعات[3] المسلمين).

قال القاضي -رحمه الله-:

وهذا كما قال: إذا قُتل المرتد أو مات على ردَّته فماله لبيت المال، لا يورث عنه على وجه؛ لا ورثته مِن المسلمين ولا أهل الدِّين الذي انتقل إليه، ولا فَرق في ذلك بين ما كَسبه قَبل ارتداده[4] أو بعد ردته.

---

(1) رواه أحمد (17827)، وهو في صحيح مسلم (121) بلفظ: «الإسلام يهدم ما قبله».

(2) في (ع): (الإجهار).

(3) في (ع) و(م): (لجماعة).

(4) في (م): (حال إيمانه).

هذا قولنا وقول الشافعي[1].

وحُكي عن الأوزاعي وأبي يوسف ومحمد: أنَّ جميع ماله يورث عنه[2].

وقال أبو حنيفة: «يورث عنه ما اكتسبه[3] قَبل رِدَّته، ولا يورث ما اكتسبه في حال ارتداده»[4].

والذي يدل على ما قلناه:

ما رواه أسامة بن زيد [رضي الله عنهما]: أنَّ النبي ﷺ قال: «لا يرثُ الكافر المسلم، ولا المسلم الكافر»[5]؛ فعمَّ، ولم يخصَّ مرتدًّا مِن أصليٍّ.

فإن قيل: فإنَّ المرتد لا ينطلق عليه اسم كافر، [لأنَّ][6] له اسما أخصَّ به، وهو أنَّه مرتد.

قيل له: هذا خطأ؛ لأنَّ اختصاصه باسم «المرتد»[7] لا ينفي عنه اسم «كافر»، وإنَّما هو[8] إخبار عن أنَّ كفره طارٍ[9] بعد إسلامٍ[10].

---

(1) ينظر: المدونة (2/ 596)، والأم (2/ 570).

(2) ينظر: الأوسط (7/ 465-466)، والسير الصغير للشيباني (ص: 199-200)، وشرح مختصر الطحاوي للجصاص (4/ 77).

(3) في (ع): (كسبه).

(4) ينظر: السير الصغير للشيباني (ص: 199)، وشرح مختصر الطحاوي للجصاص (4/ 74-77).

(5) رواه البخاري (4283) ومسلم (1614).

(6) في (خ) ما صورته: (بأن)، وفي (ع): (فإن)، والمثبت من (م).

(7) في (م): (مرتد).

(8) في (ع): (إنما هذا).

(9) في (ع): (كان).

(10) في (ع): (الإسلام).

ويبيِّن ذلك:

قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ثُمَّ كَفَرُواْ ثُمَّ ءَامَنُواْ ثُمَّ كَفَرُواْ﴾ [النساء: 137]؛ فسمَّاهم كفارا.

ولأنَّ حقيقة الكفر موجودة فيه [و/ 498]؛ فسواء كانت أصلية أو بعد إسلام.

فإن قيل: نحن نقول بموجب هذا وهو أنَّ ورثته يرثونه بآخر جزءٍ مِن أجزاء إسلامه؛ فنكون قد [ورَّثنا][1] مسلما مِن مسلم.

قيل له: هذا ضرب مِن المُحال؛ لأنَّ التوريث مِن حقِّه ألَّا يكون مِن حيٍّ، وإنما يرث الحيُّ الميتَ، فأمَّا أنْ يرث الحيُّ الحيَّ؛ فذلك محال، وفي آخر جزءٍ مِن أجزاء إسلامه كان مسلما[2]؛ فكيف يصح أنْ يورث في تلك الحال.

وعلى أنَّ هذا باطل على أصل أبي حنيفة؛ لأنَّ مِن قوله: «أنَّ مَن ارتد وله ابنان فمات أحدهما وترك ابنا ثم مات المرتد أو قُتل؛ فإنَّ مال المرتد يرثه ابنه[3] الباقي دون ابن ابنه»[4].

ولو كان الأمر على ما ادَّعوه مِن أنَّ إرثه يكون بآخر جزء مِن أجزاء إسلامه؛ لكان في تلك الحال قد ورثه الابنان؛ فتنتقل حصة الميت إلى ابنه.

فإن قيل: إنَّ هذا الخبر منقول على المعنى، وإنَّما الخبر المصرَّح به قوله:

(1) في (خ): (وثنا)، والمثبت من (ع) و(م).

(2) كذا في (خ)، (م)، (ع)، ولعل الأليق بالسياق: (حَيًّا).

(3) في (ع): (الابن).

(4) ينظر: التجريد (8/ 3963).

«لا يتوارث أهل ملتين»[1]، وهذا لا ينتظم[2] المرتد.

قيل له: لا نترك ظاهر الخبر لهذا، ثم لو ثبت لكان هذا دليلا لنا؛ لأنَّ قوله: «أهل ملتين» يريد: المتديَّن بهما، سواء كان بحقٍّ أو باطل، كان ممن [يقرُّ عليهما][3] أم لا؛ وهذه الصفة تشتمل على المرتد والأصلي.

ومِن جهة المعنى:

فلأنَّ المرتد ممن لا يرث بحال؛ فوجب أنْ لا يورث، أصله: العبد.

وعلى هذا نقول: إنَّ السيد يأخذ مال العبد لا على طريق الميراث بل لحقِّ الملك؛ كما لو تزوَّج أمَته لا بالولاية لكن بالملك.

ولأنَّه مات كافرا؛ فلم يرثه مسلم؛ أصله: الكافر الأصلي.

فإن قيل: لا تأثير لهذا؛ لأنه لا يرثه عندكم مسلم ولا كافر؛ فتقييد الحكم بأن لا يرثه مسلم لا يؤثر.

قيل له: ليست هذه العلة لنفي الإرث عنه على كل وجه، وإنَّما هي علة لنفي الإرث عنه للمسلم، وإذا علَّلنا لنفي إرث الكافر فله علة أخرى.

ولأنَّ أبا حنيفة يوافقنا: أنَّه لا يورث عنه ما اكتسبه في حال ردته.

فنقول: لأنه نوع مِن ماله؛ فلم يورث عنه، أصله: ما اكتسبه في ردَّته.

أو لأنَّ كل مال لو أسلم المرتد عنه كان أحقَّ به؛ أصله: ما اكتسبه في ردَّته،

---

(1) تقدم تخريجه (ص: 348).

(2) في (ع): (يتضمن).

(3) في (خ): (يقدر عليها)، والمثبت من(ع) و(م).

فإذا مات لم يورث عنه.

واحتج المخالف:

بقوله تعالى: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾ [الأنفال: 75]؛ فعمَّ.

ولأنَّ المرتد لمَّا لم يرثه أقرباؤه [المشركون ورثه أقرباؤه][1] المسلمون؛ كالمسلم.

ولأنه مال اكتسبه في حال إسلامه؛ فوجب أنْ ينتقل إلى ورثته [بموته][2]؛ كالمسلم.

فالجواب:

أنَّ الظاهر لا تعلق لهم فيه، لأنَّه مقصورٌ عن المسلمين[3]؛ بدليل: أنَّ المرتد ليس بأوْلَى بذوي رحمه، [والآية][4] تفيد تساويهم في كون بعضهم أولى ببعض، على أنَّه لو ثبت عمومها لخصصناها بالخبر والقياس.

والمعنى في المسلم: تساويهما في الدين والحرمة، وليس كذلك المرتد، وقد نقض عليهم بالمكاتب.

وبالله التوفيق.

---

(1) زيادة من (ع) و(م).

(2) زيادة من (م).

(3) في (م): (على المسلم).

(4) في (خ)، (م): (ولأنه)، والمثبت من (ع).

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(والمحاربُ لا عَفو فيه إذا ظُفر به، فإن قَتل [2/و][1] أحدا فلابد مِن قتله، وإن لم يقتُل فَيَسَعُ الإمام فيه اجتهاده بقدر جُرمه وكثرة مقامه في فساده؛ فإمَّا قَتَله، أو صَلَبه ثم قتَله، أو يَقطعه مِن خلاف، أو يَنفيه إلى بلد[2] يُسجن بها حتى يتوب، فإن لم يقدر عليه حتى جاء تائبًا وُضع عنه كل حقٍّ هو لله تعالى مِن ذلك، وأُخذ بحقوق النَّاس في مالٍ أو دمٍ).

قال القاضي أبو محمد -رحمه الله-:

أمَّا إذا ظَفر الإمام بالمحارب ولم يقتل ولا أخذَ مالا أو أخذَ المال ولم يقتل؛ فإنَّ الإمام يجتهد رأيه فيه على ما يراه مِن الاجتهاد في مثله.

فإن كان ممن له الرأي والتدبير، وتنحاز إليه طوائف [المفسدين][3]، ويخاف منه تزايد ذلك؛ فهذا الوجه قتله.

وإن كان ممن ليس فيه ذلك، ولكنه قويُّ أيدٍ، له بطش وقُوة، وقد يكون[4] منه الإخافة؛ فهذا الوجه قطعه.

وإن لم يكن فيه ذلك ولم يفعله إلا مرة واحدة، ولم تُخف منه المعاودة؛

---

(1) هذه اللوحة الثانية من المجلد الخامس من النسخة (ع)، وقد استؤنف ترقيمها، وكان قبلُ في المجلدين الثالث والرابع متتاليا.

(2) في (ع): (بلدة).

(3) في (خ): (المسلمين)، والمثبت من (ع).

(4) في (ع): (تكرر).

فالوجه في هذا نفيه.

وقد ذكر كل هذا مالك[1].

وفي الجملة: فله أنْ يقتله أو يقطعه إذا أدَّاه اجتهاده إليه، وإنْ لم يكن قَتَل.

وقال أبو حنيفة والشافعي: «الآية على الترتيب وليست على التخيير»[2].

واتَّفقا على أنَّ بنفس المحاربة لا يُقتل ما لم يَقتل، ولا يصلب ولا يقطع[3].

ثم لا يخلو أنْ يكون:

قَتَل ولم يأخذ المال.

أو أخذ المال ولم يقتل.

أو قَتل وأخذ المال.

فإن قَتل ولم يأخذ مالًا؛ قُتل فقط، ولم يقطع، ولم يصلب، ولا يُنفى.

وإنْ أخذ المال ولم يقتل؛ قطع أيديهم وأرجلهم مِن خلاف.

وإن قَتل وأخذ المال؛ فاختلفا:

فقال أبو حنيفة: «الإمام مخيَّر بين ثلاثة أشياء:

إن شاء جَمَع القطع والقتل.

وإن شاء جمع القطع والصلب، ثم يقتله بعد الصلب.

---

(1) ينظر: المدونة (4/ 552-553)، والنوادر والزيادات (14/ 462-463).

(2) ينظر: شرح مختصر الطحاوي للجصاص (6/ 335-336)، والحاوي الكبير (13/ 353-354).

(3) ينظر: التجريد (12/ 6067)، والحاوي الكبير (13/ 359-360).

وإن شاء جمع بين القتل والصلب»[1].

وقال الشافعي: «لا خيار في ذلك؛ بل يقتلهم [حَتْمًا][2] ويصلبهم»[3].

فإذا لم يقتل ولا أخذ المال؛ نفاه، ونفيه هو أنْ يطلبه الإمام، فإذا هرب إلى موضع طلبه فيه، حتى لا يدع له قرارا في موضع، فإن وقع بيده عزَّره.

فالخلاف بيننا وبينهم مِن وجوه:

أحدها: أنَّ للإمام أنْ يقتل عندنا، وإن لم يكن مِن المحارب [قَتْل][4].

والذي يدل على هذا: قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَسْعَوْنَ فِي ٱلْأَرْضِ فَسَادًا أَن يُقَتَّلُوٓاْ أَوْ يُصَلَّبُوٓاْ أَوْ تُقَطَّعَ﴾ الآية [المائدة: 33]؛ فجعل [جزاءهم][5] التخيير بين القتل والصلب والقطع والنفي؛ لأنَّ «أو» في اللغة: للتخيير؛ فانتفى بذلك الترتيب، ووجب بظاهر الآية أنْ يكون له أنْ يقتل مَن حصل محاربا؛ سواء قَتل أو لم يقتل.

فإن قيل: لا يصح التعلق بالظاهر؛ لأنَّه مجاز لا عُرْف يثبته، لأنَّ محاربة الله تعالى لا تصح.

---

(1) ينظر: شرح مختصر الطحاوي للجصاص (6/ 340-341).

(2) في (خ) و(ع): (حتفا)، وفي الإشراف (4/ 183)، والمعونة (3/ 1367): (خنقا)، ولم نجد هذا الحكم -أي: الخنق- عن الشافعي فيما بين أيدينا من مراجع، وفي بعض نسخ المعونة: (يقتلهم جميعا)، فلعل المثبت أليق بالسياق والرسم.

(3) ينظر: الأم (7/ 386)، الحاوي الكبير (13/ 358).

(4) في (ع): (قيل)، والمثبت أليق بالسياق.

(5) في (ع): (خبرهم)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

قيل له: قد أجمعوا أنَّ مَن أخاف السبيل وشَهر السلاح فقد استحق هذا الاسم، وإنَّما اختلفوا في العقوبات هل هي مرتبة أو على التخيير؟ [وهل][1] هي مشروطة بقتلٍ وأخذ مال أم لا؟ فلا وجه لمنع الاسم.

فإن قيل: إنَّ الله تعالى إنما جعل الخيار للإمام بحصول المحاربة والسعي في الأرض بالفساد؛ وذلك بمقتضى فائدة مجددة زائدة على تجرد المحاربة، وأنتم تحملونه على التأكيد.

قيل له: مَن أخاف السبيل وشَهر السلاح وقصد أخذ الأسلاب فقد استحق اسم «المحارب» و«الساعي بالفساد في الأرض»؛ فثبت أنَّهما اسمان لمعنى.

فإن قال: لا أُسلم ذلك.

قيل له: [فما السعي][2] بالفساد عندك؟

فإن قال: هو القتل وأخذ المال.

قيل له: ليس كذلك، بل هو ما ذكرناه فقط.

فإن قال: هذا يوجب [تعري][3] قوله: ﴿وَيَسْعَوْنَ فِي ٱلْأَرْضِ فَسَادًا﴾ مِن فائدة، ويجعله تأكيدا.

قيل له: كان ذلك؛ فأي شيء منعه؟

---

(1) في (ع): (وقيل)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) في (ع): (فالسعي)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(3) في (ع): (تعدي)، والمثبت أليق بالسياق.

فإن قال: لا سبيل إلى حملِ ظاهرٍ على التأكيد مع إمكان حمله على فائدة مستأنفة.

قيل له: إذا أمكن فلعمري! ولكن أين الإمكان؟!

فإن ذكر ما ادَّعاه مِن وجود القتل وأخذ المال فذلك في غاية المعنى والانقطاع؛ لأنَّ سبيل مِن انتهى إلى هذا الحد في المطالبة أنْ لا يقنع بإثبات فائدة تعود إلى اقتراحه ويقف على ادِّعائه.

ثم يقال له: وأنت إذا ضممت إلى الظاهر ما ادعيته لم يمكنك أنْ تستوفي حق التخيير؛ لأنَّه لا تخيير عندك على وجه، وإنَّما العقوبات تترتب على حسب الإجرام.

فإن قيل: لمَّا ذكر الله تعالى عقوبات مختلفة، وكان اختلاف العقوبات في الأصول على حسب الإجرام؛ [3/و] بطل التخيير.

قيل له: نحن وإن أوجبنا التخيير، فإنما يرجع ذلك إلى تساوي العقوبات عند الإمام [وتفاوتها][1].

ولا يمتنع [تفاوت][2] الإجرام وتساوي العقوبات؛ كمَن زنى مائة مرة أو زنى مرة فإن حدَّهما حد واحد، وإنَّما هو على ما ورد الشرع به، وليس بمَعْدَلٍ.

فإن قيل: كل موضعٍ ذَكَرَ الله تعالى عقوبات مختلفة؛ فإن قَصَد الترتيب

---

(1) في (ع): (تفاوتهما)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) في (ع): (مفاوت)، ولعل المثبت أليق بالسياق

بدأ بالأغلظ فالأغلظ، وإن قصد التَّخيير بدأ بالأخف فالأخف.

فمثال الأول: كفارة الظهار والقتل.

ومثال الثاني: كفارة اليمين بدأ فيها بالإطعام.

فلمَّا بدأ في آية المحاربين بالقتل والقطع ثم النفي [دلَّ][1] على أنَّه قصد الترتيب.

قيل له: هذا مِن الدعاوي التي يكاد الكلام عليها [يُضْنِي][2]، لبُعدها مِن الصواب؛ فخَبِّرنا هل تعلقك في هذا بنفس الوجود هكذا، أو يكون ذلك عَلَما على ما ادعيته؟!

فإن زعم أنَّ ذلك عَلَم على ما ادَّعاه؛ طُولب بالدليل على أنَّه علامة التخيير: البداية بالأخف، وعلامة الترتيب: البداية بالأغلظ.

ولا دليل على ذلك أبدًا.

وإن اقتصر على الوجود، وأنَّه لم [يوجد][3] إلا كذلك؛ فالوجود لا يكفي في كون الموجود شرطا في بابه.

ثم يقال له: إنَّ الأمر على خلاف [ما][4] قلته إذا سَبَرْنا الأصول:

فذلك أنَّ الله تعالى قد خيَّر في جزاء الصيد بين الهدي والصيام والإطعام،

---

(1) زيادة يقتضيها السياق.

(2) في (ع) ما صورته (بطنى)، ولعل المثبت أليق بالسياق، والمعنى: يكاد الكلام عليها يُثقل ويُعَنِّي.

(3) في (ع): (يجد)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(4) في (ع): (بما)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

وبدأ بالأغلظ وهو الهدي، وكذلك قال في كفارة [الأذى][1]: ﴿فَفِدْيَةٌ مِّن صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ﴾ [البقرة:196]؛ فتارة يبدأ بالأخف وتارة بالأغلظ.

وعلى أنَّه ليس الإعتاق بأغلظ مِن صيام الشهرين المتتابعين، بل الصيام أشق وأغلظ.

وعند كثير مِن الناس بل جمهورهم: أنَّ إعتاق[2] رقبة أهون مِن الصبر على صيام شهرين متتابعين.

وعمدتهم في المسألة:

على حديثٍ رواه عطية العوفي عن ابن عباس -رضي الله عنهما- قال: «إذا خرج الرجل محاربًا فأخاف [السبيل][3] وأخذ المال؛ قُطعت يده ورجله مِن خلاف، وإذا أخذ المال وقَتَل؛ قُطعت يده ورجله ثم صُلب، ومَن قَتَل ولم يأخذ المال؛ قُتل، وإن أخاف الطريق ولم يقتل ولم يأخذ المال؛ نُفي»[4].

ولا مخالف له في الصحابة -رضي الله عنهم-.

وعن هذا جوابان:

أحدهما: أنَّ الرواية [تختلف][5] عن ابن عباس -رضي الله عنهما-:

---

(1) في (ع): (الأدنى).

(2) في (ع): (إعتاق عتق)، ولعل المثبت أليق بالسياق

(3) في (ع) ما صورته: (القتل)، والمثبت من مصادر التخريج.

(4) رواه ابن أبي شيبة (33462)، والطحاوي في شرح مشكل الآثار (5/ 55)، من طريق الحجاج بن أرطأة عن عطية العوفي، به، بمعناه.

(5) في (ع): (مختلف)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

فروى جابر بن زيد عن ابن عباس -رضي الله عنهما- أنَّه قال: «إذا ظاهر على المسلمين بالسلاح أو تسوَّر عليهم بيوتهم؛ قُطعت يده ورجله»[1].

ورُوي عن عطاء عن ابن عباس -رضي الله عنهما- قال: «كل شيء في القرآن «أو» [«أو»][2] فهو بالخيار»[3].

وإذا اختلف عنه لم تكن إحدى الروايتين أولى مِن الأخرى.

والثاني: أنَّ [التابعي][4] الذي يُعاصر الصحابة -رضي الله عنهم- ويُفتي معهم معتبر في الإجماع.

وقد رُوي عن سعيد بن المسيب قال: «يأخذ الإمامُ المحاربَ يصنع به ما أراد»[5].

وعن الحسن قال: «يُدفع إلى الإمام يصنع به ما شاء»[6].

وعن عطاء قال: «أمرُ المحارب إلى الإمام؛ إنْ شاء قَتل، وإنْ شاء قَطع، وإنْ شاء صَلب»[7].

وأقلُّ ما في هذا: التوقف عن دعوى الإجماع، لا يكون إحدى الروايات

---

(1) رواه ابن حزم في المحلى (11/ 302-303)، من طريق يعلى بن مسلم عن جابر بن زيد، به، مختصرا.

(2) في (ع): (ا)، والمثبت من مصادر التخريج.

(3) رواه ابن أبي شيبة في المصنف (12858)، من طريق مجاهد عن ابن عباس.

(4) في (ع): (الشافعي)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(5) رواه ابن أبي شيبة في المصنف (33471)، من طريق قتادة عن سعيد بن المسيب، به، بنحوه.

(6) رواه ابن أبي شيبة في المصنف (33468)، من طريق أبي حرة عن الحسن، به، بمعناه .

(7) رواه عبد الرزاق في المصنف (18549)، من طريق ابن جريج عن عطاء، به، بنحوه.

بأولى مِن الأخرى.

ويدل على ما قلناه:

ما روى [الفضل][1] بن موسى [السِّيناني][2] [عن معمر][3] عن ابن طاوس عن أبيه عن ابن الزبير -رضي الله عنهما- قال: قال رسول الله ﷺ: «مَن شَهر سيفه ثم وضعه فقد وجب دمه»[4].

ورُوي عن علي بن أبي طالب -رضي الله عنه- أنه قال: «إنَّ فلانا حارب الله ورسوله فمَن قَدر عليه فليقتله»[5]؛ ولم يشترط أنْ يكون قد قَتل.

فإن قيل: «إنَّ العقوبات في الأصول بفعلٍ يَعصي به الفاعلُ لا لمعنى في ذاته، وأنتم تقولون: «يُعاقب لمعنى في ذاته؛ وهو التدبير والرأي والبطش والقوة»، وهذا لفظ المحتج منهم.

وجوابه: أنَّ الأمر بخلاف ما قاله؛ لأنَّ العقوبة هاهنا [بجُرْمه][6]؛ وهي المحاربة، وإنما تَميُّزها وتَعيُّنها إلى الإمام، على ما نقوله في الأسارى مِن أهل الحرب.

---

(1) في (ع): (الطفيل)، والمثبت من مصادر التخريج.

(2) في (ع): (الشيباني)، والمثبت من مصادر التخريج.

(3) زيادة من مصادر التخريج.

(4) رواه النسائي (4097)، من طريق إسحاق بن إبراهيم عن الفضل بن موسى، به، بمعناه، وقال: «أخبرنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أنبأنا عبد الرزاق بهذا الإسناد مثله، ولم يرفعه»، وقال الترمذي في العلل الكبير (ص: 237): «سألت محمدا عن هذا الحديث فقال: إنما يرويه عن ابن الزبير موقوفا».

(5) لم أجد من خرجه فيما بين يدي من مراجع.

(6) في (ع) ما صورته: (محرمة)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

قالوا: ولأنَّه سبب واحد؛ فلم يتعلق به عقوبتان، كالقاتل في غير محاربة.

وهذا يبطل بالزنى، لأنَّه يجب به الحدُّ والتغريب، وبالله التوفيق.

فصل:

[هذا][1] إذا قدر عليه قبل التوبة ما الحكم فيه، فأمَّا إذا جاء تائبًا قبل القدرة عليه؛ فإنَّ حدَّ الحرابة يسقط عنه، ويؤخذ بحقوق الناس قِبَلَه.

والأصل في ذلك:

قوله تعالى: ﴿إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُواْ مِن قَبۡلِ أَن تَقۡدِرُواْ عَلَيۡهِمۡۖ فَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّ ٱللَّهَ غَفُورٞ رَّحِيمٞ﴾[المائدة: 34]؛ فأخبر بأنَّ التوبة قبل القدرة [و/ 4] تُسقط حدَّ الحرابة؛ [لأنه استثناه][2] ممن أخبر بأنَّ جزاءه القتل وغيره مما ذَكَره.

ولا خلاف أعلمه في ذلك.

فأمَّا سائر حقوق الله تعالى مما لا يتعلق بالحرابة، مثل: الزنى وشرب الخمر؛ فلا يسقط عنه بالتوبة مِن الحرابة.

وللشافعي قولان:

أحدهما: أنَّ [الحد][3] في ذلك يسقط عنه؛ كما يسقط حد الحرابة.

قالوا: لأنَّه حدٌّ لله تعالى؛ فجاز أنْ يسقط بإحداث فِعلٍ مِن جهة مَن وجب عليه الحد؛ أصله: الانحتام في الحد والقتل بالحرابة.

---

(1) في (ع): (فأما)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) في (ع): (لأن استثناه)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(3) في (ع): (الخبر)، والمثبت أليق بالسياق.

قالوا: ولأنَّ القتل في الردة حقٌّ لله تعالى؛ فلمَّا سقط بالتوبة كان في مسألتنا أولى.

وهذه المسألة مبنيَّة على أنَّ التوبة مِن الزنى والشرب والسَّرق فيمن ليس بمحارب لا تُسقط الحد.

والكلام في هذه المسألة مبنيٌّ على ذلك.

ويدل عليه:

قوله تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُوا۟﴾ [النور: 2]؛ فعمَّ.

واعتبارًا بغير المحارِب.

ولأنَّ الظاهر أنَّ الذي يَسقط عنه هو حدُّ الحرابة دون ما سواه.

فأمَّا اعتبارهم بحدِّ الحرابة؛ فالمعنى فيه: أنَّه سعيٌّ بالفساد له حُكمٌ ينفردُ به؛ بدليل: أنَّه لا يُراعى في القتل به تكافؤ الدماء كما يُراعى في غيره، على ما سنبينه.

[وأما][1] القتل بالردة؛ فإنَّما سقط بالتوبة، لأنه لم يتعلق[2] بالقدرة على المرتد، وليس كذلك حد الحرابة، والله أعلم.

فصل:

فأمَّا حقوق الناس قِبلَه فلا تسقط [بالتوبة][3]؛ لأنَّ التوبة لا تأثير لها في

---

(1) خرم في (خ)، والمثبت (ع).

(2) في (ع): (يُعَلّق).

(3) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

حقوق الآدميين، ألا ترى أنَّ[1] مَن غصب رجلا شيئا فأتلفه ثم تاب فإنَّ بدله واجب عليه؛ وكذلك القتل والجرح وغيره.

ولأنَّ التوبة مِن هذه الأشياء إذا انفردت عن الحرابة لا تُسقِط حقوقَ الآدميين المتعلقة بها؛ فكذلك إذا انضمت إليها.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(وكلُّ واحد مِن اللُّصوص ضامن لجميع ما سلبوه مِن الأموال، وتقتل الجماعة بالواحد في الحِرابة وإنْ وَليَ القتل واحد منهم).

قال القاضي أبو محمد:

هذا قولنا وقول أبي حنيفة[2].

وقال الشافعي: «لا يُقتل إلا مَن قَتل، ولا يُقطع إلا مَن أخذ المال»[3].

واستُدل عنه:

بقوله ﷺ: «لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث: كفر بعد إيمان أو زِنى بعد إحصان أو قَتل نفس بغير نفس»[4]، وهذا إذا لم يفعل واحدا منها فلا[5] يحل دمه.

(1) في (ع): (أنه).

(2) ينظر: المدونة (4/ 554)، وشرح مختصر الطحاوي للجصاص (6/ 348-349).

(3) ينظر: الأم (7/ 386).

(4) تقدم تخريجه (ص: 375).

(5) في (ع): (فلم).

ولأنَّه سبب غير مُلحق[1] صاحبه، ضامَّه[2] المباشرة؛ فوجب أنْ لا شيء على ذي السبب؛ كالحافر والدافع.

ودليلنا:

قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ﴾ الآية [المائدة: 33].

وهذه المسألة مبنية على أصلنا في تخيير الإمام، وقد قدَّمنا الكلام فيه.

ويدلُّ عليه:

قوله ﷺ: «مَن أعان على عمل أو رضيه فهو شريك مَن عمله»[3].

فجعل العون شريكا[4].

ولأنهم مشتركون في الحرابة؛ فوجب اشتراكهم في الجزاء؛ كالقَتَلة.

فأمَّا الخبر؛ فمرتَّب عليه حد الحرابة بالظاهر.

فإن قيل: فإنَّ هذا إذا وَقَف ولم يَقتل، ولا أخذ مالًا ولا حارب، فلا يسمى محاربا.

قيل له: ليس الأمر كذلك؛ لأنَّ بحضوره معهم يصير محاربًا، لأنَّ الحرابة هي المجاهرة بقطع الطريق وإخافة السُّبل[5] وإشهار السلاح، سواء اتَّفق له

---

(1) في (ع): (ملجئ).

(2) أي: تنقصه المباشرة. [تاج العروس (32/ 546)].

(3) لم أجد مَن خرَّجه فيما بين يدي من راجع.

(4) في (ع): (وقال: العون شريك).

(5) في (ع): (السبيل).

ما بحياله[1] منها أو لم [يتفق][2].

ويدل عليه: أنَّ مَن حضر الوقعة استحقَّ السهم مِن الغنيمة قَاتل أو لم يقاتل؛ فإذا صار له حكم المقاتلة بالحضور كذلك في مسألتنا يصير له حكم القاتل بالحضور على وجه المعاونة.

واعتبارهم بالحافر والدافع؛ لا يصح، لأنَّ السبب هاهنا في حكم المباشرة، ألا ترى أنَّا نقتله وإن لم يقتل لكونه محاربا، [فسواء][3] قَتل أو لم يقتل فالمعنى الموجب للقتل موجود [فيه][4]، والله أعلم.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ويُقتل المسلم بقتل الذمِّي قَتْلَ غِيلةٍ وحِرابة).

قال القاضي -رحمه الله-:

وهذا لأنَّ القتل في الحرابة حقٌّ لله [تعالى] ما دام محاربًا؛ فلا يُراعى فيه ما يُراعى في حقوق الآدميين مِن تكافئ الدماء؛ وكذلك[5] لا يقبل [فيه][6] عفوُ وليِّ الدم، والله أعلم.

---

(1) في (ع): (قصد).

(2) خرم في (خ)، والمثبت من (ع).

(3) زيادة من (ع).

(4) زيادة من (ع).

(5) في (ع): (ولذلك).

(6) زيادة من (ع).

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله [تعالى]-: [و/ 5]

(ومَن زنى مِن حرٍّ محصن رُجم بالحجارة حتى يموت).

قال القاضي:

وهذا كما قال: حدُّ المحصَن في الزنى الرَّجم.

وهو قول كافة أهل العلم، لم يخالف فيه إلا الخوارج المارقة، وهم غير مُعتدٍّ بخلافهم.

والأصل في ذلك:

ثبوت الرواية عن النبي ﷺ برجم ماعزٍ[1] والغامدية[2].

وقوله [ﷺ]: «يا أُنيس، اغدُ على امرأةِ هذا فإن اعترفَتْ فارجُمْها»[3].

وما رُوي عن عُمر [رضي الله عنه] في ذلك، وقوله: «لولا أنْ يقال: زاد عمر في كتاب الله [تعالى] لكتبتها: «الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما البتة»[4].

وأنَّه رَجم هو[5] وعليٌّ[6].

---

(1) في (ع): (برجمه ماعزا).

(2) ينظر: صحيح البخاري (6814) فما بعده، وصحيح مسلم (1691).

(3) رواه والبخاري (6827) ومسلم (1697).

(4) رواه البخاري (6829) ومسلم (1691).

(5) موطأ مالك (3043).

(6) صحيح البخاري (6812).

وكل ذلك قد ذكره مالك في «الموطأ»[1]؛ فلا معنى لذكره في هذا الموضع.

فصل:

فإذا ثبت أنَّ حدَّه الرجم؛ فإنَّه لا يُجلد مع الرجم، وهو قول كافة الفقهاء.

وذهب داود إلى أنَّه يُجلد ثم يرجم[2]:

لقوله تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُوا﴾ [النور: 2]، فعمَّ كلَّ زانٍ مُحصَن وغير مُحصَن، ثم قامت دلالة الرجم فأضفناها إلى الجلد.

وقوله ﷺ: «خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا»؛ فذكر: «الثيِّبُ بالثيِّب جلد مائة، والرجم»[3].

ورُوي عن علي -رضي الله عنه-: «أنَّه جلد الهَمْدانيَّة ورجمها»، وقال: «جلدتها بكتاب الله [تعالى]، ورجمتها بسنة رسول الله ﷺ»[4].

ولأنَّه زان؛ فأشبه البكر.

ودليلنا:

ما روى جابر -[رضي الله عنه]-: «أنَّ رسول الله ﷺ رَجم ماعِزًا ولم يجلده»[5].

---

(1) موطأ مالك (3034): «ما جاء في الرجم».

(2) ينظر: الاستذكار لابن عبد البر (24/ 49).

(3) رواه مسلم (1690).

(4) رواه البخاري (6812) مقتصرا على الرجم، وأحمد (719)(839) بتمامه.

(5) رواه أحمد في المسند (20867)، وقال في العلل ومعرفة الرجال (4177): «قال ابن مهدي لا أرى -أي هذا- إلا من قول حماد يعني: لم يذكر جلدا».

[وقوله ﷺ][1]: «اغدُ يا أُنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها»[2].

ففيه دليلان:

أحدهما: أنَّه أمره بأن يرجمها ولم يأمره بأن يجلدها، وقد عُلم أنَّه أنفذه ليقيم عليها الحد، فلو كان الجَلد مِن حدِّها لأمره بأن يقيمه عليها، [لأنَّه][3] ليس وراء الرجم شيء.

والثاني: أنَّه قصد الفرق بينها وبين الزاني بها في بيان ما يجب على كل واحد منهما، فقال: «على ابنكَ جلدُ مائة وتغريب عام، واغد يا أُنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها»؛ فأخبر بما على كل واحد منهما؛ [فدلَّ على ما قلناه.

ولأنَّ] الجلد حدٌّ بنفسه؛ فلم يكن بعض حدٍّ في جنسِ ما هو [حدٌّ؛ أصله: القطع في] السرقة.

ولأنه معنى يوجب القتل بحقِّ الله [تعالى]، فلم يوجب [الجَلد مع القتل؛ أصله: القتل] في الردة.

فأمَّا الظاهر؛ فمرتب على ما رويناه.

وأما [الخبر؛ فإنه قيل: «الرجم»]، وقيل: «الجلد»[4]؛ فكانا ناسخين له.

وحديث علي -[رضي الله عنه]- محمول على أنَّه [لم يكن] عَلم أنَّها

---

(1) في (خ): (وقال)، والمثبت من (ع).

(2) رواه والبخاري (6827) ومسلم (1697).

(3) خرم وطمس متكرر في (خ)، والمثبت من (ع)، واكتفينا بوضعه بين معقوفين دون إشارة.

(4) في (ع): (وقيل آية الجلد).

محصنة بأنْ كتمته ذلك.

والمعنى في غير المحصن: أنَّ زناه لم [يوجب] الرجم فأوجب الجلد، والمحصن فزناه يوجب الرجم؛ فلم يوجب الجلد، [وبالله التوفيق].

مسألة

قال -رحمه الله-:

(والإحصان أنْ يتزوج [امرأة نكاحا] صحيحا، ويطأها وطئا صحيحا).

قال القاضي -رحمه الله-:

اعلم [أنَّ] هذا الذي قاله هو شرط الإحصان المختص به.

فأما صفات [الزاني التي] إذا كان عليها صحَّ أنْ يكون محصنًا فهي أربع، وهي: العقل، والبلوغ، والإسلام، والحرية.

فإذا كملت فيه هذه الخصال ثم [أحصن]، وهو أربعة خصال:

أنْ يتزوَّج.

وأنْ يكون نكاحه[1] صحيحا لا فاسدا، ومُنبرِمًا لا موقوفًا على خيار إجازة أو فسخ.

وأنْ يطأ.

وأنْ [يكون الوطء صحيحا لا محظورا].

وإن شئت خلطت الباب كلَّه نسقًا واحدًا فقُلت:

---

(1) في (ع): (النكاح).

لا يكون المحصَن محصنًا إلا بثمانية[1] خصال:

أنْ يكون بالغًا، عاقلًا، حرًّا، مسلمًا، متزوِّجًا، تزويجًا صحيحًا منبرمَ الصِّحة، واطئًا فيه، وطئًا مأذونًا فيه.

وإن شئت جعلت الخصال ستًّا، وأدخلت صحة النكاح في النكاح، وصحة الوطء مع الوطء؛ كل هذا اختلافُ عبارةٍ، وجميعُه قد ذكره أصحابنا.

فأما ما يدل على كون البلوغ والعقل مِن شروطه:

فهو أنَّ الصبي لا تصح منه معصية؛ لأنَّه غير مكلف، وقد قال ﷺ: «رُفع القلم عن ثلاثة...»؛ فذكر: «الصبي حتى يبلغ»[2].

والإحصان ضرب مِن أحكام التكليف؛ فالصِّغر ينافيه.

ولأنَّ مِن شرطه الوطء الصحيح، ووطء الصبي [لا حكم له؛ ألا ترى أنَّه لا يوجب] حدًّا ولا مهرًا ولا غُسلًا.

وكذلك العقل مِن شروطه [و/6] ولقوله [ﷺ]: «وعن المجنون حتى يفيق».

ولا خلاف في ذلك أعلمه.

وأما ما [يدل] على أنَّ الحرية مِن شروطه:

فهو أنَّ زيادة الحدِّ مبنيَّة على الفضيلة؛ [لأنَّ] فضيلة الإحصان على البكارة أوجبت الانتقال عن الجلد إلى [الرجم، فإذا] كان العبد غير لاحق

---

(1) في (ع): (بثمان).

(2) تقدم تخريجه (ص: 319).

بالحر في أنقص حالتيه كان أبعد عن [اللحوق] به في أكملها.

ولأنَّ العبد لمَّا [كان في][1] الحدود على النصف مِن الحرِّ، وكان [القتل لا] يتنصَّف؛ سقط أنْ يكون حدًّا له، وانتفى بذلك أنْ يكون محصنا.

وأمَّا ما يدل على [أنَّ] الإسلام مِن شروطه:

وأبو حنيفة يوافقنا فيه[2]، والشافعي [هو المخالف[3].

فما رواه الناس]: أنَّ رسول الله ﷺ قال: «مَن أشرك بالله فليس بمحصَن»[4]، وهذا إنْ كان صحيحا نصٌّ.

والمعتمد عليه مِن جهة المعنى أنْ نقول:

لأنَّه حدٌّ اعتُبر فيه الإحصان فوجب أنْ يعتبر فيه الإسلام؛ أصله: حدُّ القذف.

ولأنَّ نقصَ الكفر أشد مِن نقص الرِّقِّ؛ لأنَّ أصل نقص الرِّقِّ هو الكفر؛ فإذا كان نقص الرِّقِّ يمنع الإحصان فنقصُ الكفر أولى.

ولأنَّ زيادة الحدود يعتبر فيها الفضيلة؛ ألا ترى أنَّ الحرَّ حدُّه مائة والعبد خمسون، وكذلك المحصَن حدُّه الرجم وغير المحصَن الجلد؛ وذلك لفضيلة الإحصان على عدمه، والحرية على الرِّقِّ؛ وهذا ينفي كون الكافر

---

(1) في (خ): (كانت)، والمثبت من (ع).

(2) ينظر: شرح مختصر الطحاوي للجصاص (6/ 149-153).

(3) ينظر: مختصر المزني (ص: 239)، والحاوي الكبير (9/ 385-387).

(4) رواه الدارقطني (3294) و(3295)، عن ابن عمر موقوفا ومرفوعا، وقال: «لم يرفعه غير إسحاق -ويقال: إنه رجع عنه-، والصواب موقوف».

محصَنًا لنقصه بالكفر.

فأمَّا تعلُّقهم بقول عمر -رضي الله عنه-: «كان فيما أُنزل: «الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما البتة»[1]؛ فلا يصح لأنَّ فيه إضمار الإحصان، وهذا لا يمنع[2] منه وإن اختلفا في شروطه.

وأمَّا رجمه ﷺ اليهود: فإنَّما كان على إقامة حكم التوراة؛ لأنَّه قال: «ما حدُّ الزاني عندكم»، قالوا: يُفضح ويُجلد؛ فكذَّبهم عبد الله بن سلام، ووقفهم على الرَّجم[3].

وفي الحديث: «اللهم إني [أول][4] مَن أحيا سنَّة أماتوها»[5]، ولم يفعل ذلك على أنَّه شرع له[6]؛ لأنَّ هذا كان قبل شروع الرَّجم، ألا ترى أنَّه قال: «ما حدُّ الزاني[7] عندكم؟»، ولم يسأل عن نكاح ولا عن وطء، وكل هذا معتبر في وجوب الرجم عندنا.

وكذلك قال ابن عمر -[رضي الله عنهما]-: «رَجم النبي ﷺ اليهود، وحدُّ المسلمين[8] يومئذ الجلد»[9]؛ فهذا يدل على أنَّ الرجم لم يكن إذ ذاك

---

(1) موطأ مالك (3044).

(2) في (ع): (يمتنع).

(3) رواه البخاري (3635) ومسلم (1699).

(4) في (خ): (أولى)، والمثبت من (ع) ومصادر التخريج.

(5) رواه مسلم (1700).

(6) في (ع): (لنا).

(7) في (ع): (الزان).

(8) في (ع): (المسلم).

(9) رواه ابن أبي زيد في الذب عن مذهب الإمام مالك (2/ 580).

يعتبر، ولا الإحصان.

ولا معنى لقولهم: «إنَّ مَن استوجب الحد الكامل في حال البكارة استوجب الرجم بزناه في حال الثُّيوبة؛ كالمسلم»؛ لأنَّ وجوب الأدون[1] لا يُستدل به على وجوب الأعلى، ولأنَّ المسلم كامل مِن الطرفين، والله أعلم.

وأما ما يدل على أنَّ النكاح هو المعتبر:

[فاتفاقهم][2] على وجوب اعتبار الوطء، وأنَّه بالملك لا يقع ولا يثبت[3]؛ فلم يبق إلا النكاح.

ولأنَّ الإحصان طريقه الفضيلة؛ بدلالة أنَّه رُوعي فيه شروط الفضيلة مِن الحرية والإسلام، ألا ترى أنَّ ما دونه مِن الحدود رُوعي فيه ترتيب الفضيلة؛ ففي الرجم أولى.

ووجدنا الوطء بالنكاح أزيَد في الفضيلة مِن الوطء بالملك؛ ألا ترى أنَّ النكاح هو المقصود بالاستمتاع، ويُراعى فيه الأكفاء، وتتعلق به حقوق لا تتعلق بالملك؛ فكان أولى بأن يكون هو المعتبر.

وأما الدليل على أنَّ الوطء معتبر:

فالاتِّفاق على ذلك، والمعنى فيه: أنْ يكون قد وُجد فيه المعنى الذي تعلق به الإحصان والعفاف المُغني عن الزنى، وما لم يحصل ذلك منه فلم

---

(1) في (ع): (الأدنى).

(2) في (خ): (تعلقهم)، والمثبت من (ع).

(3) في (ع): (شبهة).

تحصل فيه شروط الإحصان.

فأمَّا ما يدل على وجوب كونه مباحا:

فاتفاقهم على أنَّ وَطء الزنى لا يُحصِن، وكذلك الشبهة؛ فكذلك الوطء بالنكاح[1] الفاسد، وفي حال الحيض والصوم بعلة مقارنة الحظر له.

ولأنَّه لمَّا لم يقع في الوطء بالمِلك مع كونه حلالا، كان بهذا أولى أنْ لا يقع؛ لأنَّ الغناء لا يقع بالوطء المحرَّم، وإنَّما يقع بما يُستغنى به عن الزنى.

ولقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ﴾ [البقرة: 222]، فالنهي يدل على فساد المنهي عنه، وإذا كان فاسدًا؛ لم يتعلَّق به حكمٌ.

ولأنَّا نتَّفق على أنَّ العقد الفاسد لا يقع به إحصانٌ؛ فكذلك الوطء، لأنَّه مِن شروطه.

ولأنَّ العقد الفاسد لا يقع به تمليك البُضع؛ فكان كالوطء بشبهة.

فصل:

وإذا حصلت الخلوة وأقرَّا بالوطء ثبت إحصانهما.

فإن أقرَّ أحدهما بالوطء وجحد الآخر، فإنَّ الذي لم يقرَّ لا يكون محصنًا؛ لأنَّ إحصانه لم يثبت [و/ 7] ببينة ولا بإقرار، وإقرار غيره عليه لا يُقبل.

فأمَّا الذي أقرَّ؛ فقال ابن عبد الحكم: «لا يكون محصنًا إلا بأنْ يُقرَّ الآخر معه».

---

(1) في (ع): (في العقد).

وقال ابن القاسم: «يكون محصنًا وإنْ لم يقرَّ الآخر»[1].

فوجه قول ابن عبد الحكم: هو أنَّ الحدود تُدرأ بالشبهة، وإنكار الآخر لذلك شبهة؛ لأنَّ المقرَّ يجوز أنْ يكون كاذبًا في إقراره لبعض الأعراض، مثل: أنْ تدَّعي المرأة ذلك لِيجب لها المهر الكامل، ولتنفكَّ مِن حِجر أبيها، ولغير ذلك؛ فلم يكن ذلك موجبًا للإحصان.

ووجه رواية ابن القاسم: قوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا﴾ [الأنعام: 164]، وهذا مُقرٌّ على نفسه؛ فوجب اعتبار إقراره.

ولأنَّ مَن أقرَّ على نفسه بحقٍّ لله [تعالى] لم يسقط حكم إقراره بتكذيب غيره؛ أصله: إذا أقرَّ بالزنى وجَحدَت، وهذا أقيس، والله أعلم.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله [تعالى]-:

(فإن لم يحصن جُلد مائةَ جلدةٍ، وغُرِّب عامًا إلى بلدٍ آخر، وحُبس[2] فيه عامًا).

قال القاضي أبو محمد:

لا خلاف أنَّ[3] غير المحصن لا يرجم.

فأمَّا وجوب جلده:

---

(1) ينظر: التفريع (2/ 210-211).

(2) في (ع): (ويحبس).

(3) في (ع): (في أن).

فلقوله تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُوا۟ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِا۟ئَةَ جَلْدَةٍ﴾[النور: 2].

وقول النبي ﷺ للذي سأله: «وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام»(1).

وقوله [ﷺ]: «البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام»(2).

وروى مالك في «الموطأ» عن زيد بن أسلم: أنَّ رجلا اعترف على نفسه بالزنى على عهد رسول الله [ﷺ]، فدعا رسول الله ﷺ بسوط، فأُتي بسَوط مكسور، فقال: «فوق هذا»؛ فأتي بسَوط جديد لم تقطع ثمرته»، فقال: «بين هذين»؛ فأُتي [بسوط قد رُكب](3) به ولَانَ؛ فأَمَر به فجُلد(4).

ولا خلاف في ذلك.

فصل:

فأمَّا قوله: (ويُغرَّب عاما)؛ فلأنَّ التغريب عنده مِن الحد في الحرِّ الذكر [البكر](5).

---

(1) رواه البخاري (6827) ومسلم (1697).

(2) رواه مسلم (1690) بلفظ: «ونفي سنة»، وينظر: السنن الكبرى للبيهقي (16968).

(3) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(4) الموطأ (3048)، وقال ابن عبد البر في الاستذكار (24/ 85): «لم يختلف عن مالك في إرسال هذا الحديث، ولا أعلمه يستند بهذا اللفظ مِن وجه مِن الوجوه»، وينظر البدر المنير لابن الملقن (8/ 617)، وقال ابن حجر في التلخيص الحبير (6/ 2816): «له شاهد عند عبد الرزاق عن معمر عن يحيى بن أبي كثير نحوه، وآخر عند ابن وهب من طريق كريب مولى ابن عباس بمعناه، فهذه المراسيل الثلاثة يشد بعضها بعضا».

(5) زيادة من (ع).

هذا قولنا وقول الشافعي[1].

وقال أبو حنيفة: «لا يغرَّب، وليس التغريب مِن الحدِّ، فإن رآه الإمام فَعَله، ويكون تعزيرا لا حدًّا»[2].

واستدلوا:

بقوله: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٖ مِّنْهُمَا مِاْئَةَ جَلْدَةٖ﴾[النور: 2]، ولم يذكر التغريب؛ فكان إثباته زيادة في النص.

ولأنَّ الجلد أحد نوعي حدِّ الزنى؛ فلم يجب معه تغريب، كالرجم.

ولأنَّ زنى البكر سبب يوجب الجلد؛ فلم يوجب التغريب، كالقذف وشرب الخمر.

ودليلنا:

قوله ﷺ: «البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام»[3].

فإن قيل: نحن نقول: إنَّ التغريب واجب إذا رآه الإمام.

قيل: إلَّا أنَّكم تزعمون أنَّه تعزير وليس بحدٍّ، والخبر يُعطي أنَّه حدٌّ مع الجلد.

وفي حديث مالك -في السائل الذي سأله ﷺ عن حكم ابنه-: «أنَّه جلده مائة وغرَّبه عاما»[4].

---

(1) ينظر: النوادر والزيادات (14/ 236)، والأم (7/ 391).

(2) ينظر: الأصل للشيباني (7/ 145-146).

(3) رواه مسلم (1690) بلفظ: «ونفي سنة»، وينظر: السنن الكبرى للبيهقي (16968).

(4) الموطأ (3040)، ومن طريقه البخاري (6633)(6842).

وفي طريق آخر: «وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام»[1]؛ وهذا إخبارٌ عن صفة الحدِّ الذي يلزمه بفعله.

ولأنَّ السائل قال: «سألت أهل العلم فأخبروني أنَّ على ابني الجلد والتغريب»[2]؛ فلم يُنكر ذلك، ولا قال له: إنَّ التغريب ليس عليه.

ولأنَّها عقوبة للزاني البكر تثبت بالشرع؛ فكانت واجبة، كالجلد.

فأمَّا الظاهر: فإنَّه مرتَّب على السُّنَّة التي رويناها.

والزيادة في النص ليست بنسخ عندنا على الإطلاق.

واعتبارهم بالرجم؛ يبطل مِن وجهين:

أحدهما: [أنَّه][3] يقصد به القتل والإتلاف؛ فلا فائدة[4] في التغريب معه، وليس كذلك الجلد؛ لأنَّه ليس يقصد به القتل والإتلاف؛ فجاز أنْ يكون معه تغريب ليلحقه الذلة والعقوبة فيقطع[5] عن فعله.

والثاني: أنَّه لا يثبت في الرجم تغريبٌ على وجه التعزير، وفي الجَلد له مَدخل فيه.

واعتبارهم بالشرب والقذف يبطل؛ لأنَّه لا مَدخل للتغريب فيهما على ما ذكرناه.

---

(1) رواه البخاري (6827) ومسلم (1697).

(2) صحيح البخاري (6633)(6842).

(3) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(4) في (ع): (يلزم).

(5) في (ع): (فيقلع).

ولأنَّ موجبهما شيء واحد لا يتغيَّر فلم يجب معه غيره، وليس كذلك الزنى لأنَّ موجبه يختلف؛ فتارة يوجب الجَلد، وتارةً الرجم؛ فجاز أنْ يجب به غيره [و/ 8]؛ كالقتل لمَّا أوجب تارة القتل وتارة الدية، جاز أنْ يكون معه غيره، وهو الكفارة، والله أعلم.

فصل:

فأمَّا قوله: (إنَّ التغريب هو أنْ يُحبس بغير بلده)؛ فلأنَّ الفائدة في ذلك هو إزعاجه عن وطنته[1] وعقوبته بالتغريب، وقطع تصرفه عن معيشته وغيرها مِن مُضطَرياته؛ وليس ذلك إلا بالحبس.

فأمَّا التغريب به مِن موضع إلى موضع فلا فائدة فيه ولا عقوبة تقطعه؛ فلذلك قلنا: إنَّه الحبس.

مسألة

قال -رحمه الله-:

(وعلى العبد في الزِّنى خمسون جلدة، وكذلك الأمَة، وإن كانا متزوجين).

قال القاضي -رحمه الله-:

وهذا كما قال: الرِّقُّ مؤثر في نقصان الحدِّ؛ فحدُّ[2] العبد والأمَة في الزنى خمسون.

وهو قول كافة فقهاء الأمصار.

---

(1) في (ع): (وطنه).

(2) في (ع): (في).

وقال داود أو بعض نفاة القياس: حدُّه مائة، مثل حدِّ الحرِّ، ووافق في الأمَة أنَّ حدَّها على النصف مِن حدِّ الحرة[1].

لقوله تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُوا۟ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِا۟ئَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور: 2]؛ فعمَّ.

وقوله ﷺ: «البِكر بالبِكر جلد مائة»[2]؛ ولم يخصَّ.

ولأنَّ زنى الرجل يجب به جلد مائة؛ كالحرة.

ودليلنا:

أنَّ الخمسين مستحقَّة عليه؛ فلا يثبت ما زاد عليها إلا بدليل.

ولأنَّه ناقص بالرقِّ؛ فأشبه الأمَة.

ويُبيِّن أنَّ المعنى في نقصان حدِّ الأمَة هو الرقُّ؛ أنَّها لو أعتقت لأكمل حدَّها؛ فيجب أنْ يكون كذلك العبد.

ولأنَّ كل حدٍّ لزم إناث جِنسٍ لَزم ذكورهم[3] مثله؛ أصله: الرجم والقطع.

[ولأنَّ][4] الأنوثية[5] والتذكير لا يؤثران في اختلاف مقدار الحدود؛ أصله: الأحرار.

ولأنَّ الرِّقَّ أحد الأحوال، فوجب أنْ يستوي حكم الذكور والإناث في مقدار الحد فيها؛ أصله: حال الحرية.

---

(1) ينظر: الحاوي الكبير (13/ 242-243)، المغني لابن قدامة (9/ 49).

(2) رواه مسلم (1690).

(3) في (ع): (ذكورهن).

(4) في (خ): (وأن)، والمثبت من (ع).

(5) في (ع): (الأنوثة).

فإذا ثبت هذا:

فالظاهر مرتب على ما ذكرناه، ومنبه بذكر الأمَة على العبد بقوله تعالى: ﴿فَإِذَآ أُحْصِنَّ فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَٰحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ﴾ [النساء:25]؛ وكذلك [الخبر][1].

وأما الخبر فدليلنا؛ لأنَّه لمَّا وجب على الأنثى مِن جنسه مائة كذلك على الرجل، والعبد [لما][2] لم يجب على الأنثى مِن جنسه إلا خمسون؛ فكذلك يجب أنْ يكون الذكر.

فصل:

فأما قوله: (إنْ كانا متزوجين)؛ فلا أعلم [فيه][3] خلافا إلا ما ذَكر بعض أهل الخلاف عن ابن عباس -[رضي الله عنهما]-: «أنَّهما إنْ كانا متزوجين لزمهما الحد، وإن لم يتزوجا لم يلزمهما حدٌّ أصلا»[4].

وهذا إنْ ثبت عنه شديد؛ أنْ يكون في الشرع زنًى لا يوجب الحد.

والدليل على وجوب الحدِّ عليهما على كلِّ وجه:

قوله تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِى فَٱجْلِدُوا۟﴾ [النور: 2].

---

(1) في (خ): (الحر)، والمثبت من (ع).

(2) زيادة من (ع).

(3) زيادة من (ع).

(4) رواه ابن أبي شيبة في المصنف (28876) و(28879)، من طرق عن ابن عباس، بمعناه، مقتصرا على الأمة.

ونصُّ قوله: ﴿فَإِذَآ أُحْصِنَّ فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَٰحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ﴾ [النساء: 25]؛ وهذا نَصٌّ في وجوب الحد.

وقوله ﷺ: «إذا زنت أمَة أحدكم فليجلدها، ثم إنْ زنت فليجلدها»[1]، ولم يشرط أنْ تكون متزوجة أو غير متزوجة.

ولأنَّ كل معنى يوجب الحد فلا يراعى فيه التزويج، أصله: السرقة والقتل.

وما أظن الحكاية صحيحة.

فصل:

فأما الرجم فلا [يلزمهما][2] على كل وجه؛ تزوجا أو [لم][3] يتزوجا، لِما بيَّناه مِن أنَّ شرطه[4] الإحصان، والرِّقُّ ينافي الإحصان، والله أعلم.

فصل:

ذكر الجرجاني العراقي [في مسائله][5] وغيره، قال: «قال الأوزاعي في العبد إذا زنى بحرة أنَّ حدَّه الرجم، وإن زنى بأمَة فإن حدَّه الجلد»[6].

وهذا قول فاسدٌ لقوله تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِاْئَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور: 2]؛

(1) رواه مالك في الموطأ (3053)، ومن طريقه البخاري (6837) ومسلم (1703).

(2) في (خ): (يلزمها)، والمثبت من (ع).

(3) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(4) في (ع): (من شرطه).

(5) زيادة من (ع).

(6) ينظر: المقدمات الممهدات لابن رشد الجد (3/ 252).

ولم يعتبر المزني بها.

وقوله ﷺ: «البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم»[1]؛ فبيَّن ما يختلف به [الحد][2]، ولم يشرط[3] فيه كون المزني بها أمَة [9/و] أو حرة.

ولأنَّه حدٌّ واجب؛ فلم يختلف بكون المفعول به أمَة أو حرة؛ أصله: القطع في السرقة، لا فصل بين أنْ يكون المسروق منه أمَة أو حرة.

ولأن الرجم مِن شرطه الإحصان؛ والرق ينافي الإحصان.

ولأنَّ الاعتبار في كمال الحد ونقصه واختلاف نوعه وجنسه بحال المحدود لا بحال المزني بها؛ أصل ذلك: الحر، [والله أعلم].

مسألة

قال -رحمه الله -:

(ولا تغريب عليهما، ولا على امرأة).

قال القاضي -رحمه الله-:

هذا مذهب[4] أصحابنا[5].

(1) رواه مسلم (1690) بنحوه.

(2) في (خ): (الحر)، والمثبت من (ع).

(3) في (ع): (يشترط).

(4) في (ع): (هذا قولنا ومذهب).

(5) ينظر: المدونة (4/ 504).

وللشافعي في الأمَة والعبد قولان:

أحدهما: أنهما يغربان.

والآخر: أنهما لا يغربان[1].

وله في المرأة الحرة قول واحد: أنَّها تغرب[2].

واستدل أصحابه لذلك:

بقوله ﷺ: «البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام»[3]؛ فعمَّ.

ولأنَّ كل ما كان مِن حدِّ الرجل كان مِن حدِّ المرأة؛ أصله: الجلد.

ولأنَّ حدَّ الزنى لا يختلف فيكون جميعه حدًّا للرجل وبعضه حدًّا للمرأة؛ أصله: الرجم.

ولأنَّ كل حدٍّ لزم الرجل لزم جملته المرأة؛ أصله: حد القذف والقطع وغير ذلك.

ودليلنا:

قوله تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِى فَٱجۡلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٖ مِّنۡهُمَا﴾ [النور: 2]، ولم يذكر تغريبا؛ فقام الدليل على وجوب التغريب على الرجل؛ فضممناه إلى الظاهر، ولم يقم في المرأة.

ولأنَّ التغريب في الرجل إنَّما جُعل عقوبة له ليقطعه عن أهله وولده،

---

(1) ينظر: الأم (7/ 392)، والحاوي الكبير (13/ 243-244).

(2) ينظر: الأم (7/ 391).

(3) رواه مسلم (1690) بنحوه.

ويمنع تصرفه في معاشه، والمرأة بخلافه؛ لأنها محتاجة مِن الحفظ والصيانة والمراعاة إلى أكثر مما يحتاج إليه الرجل، ألا ترى أنها ممنوعة مِن السفر المباح [بل الواجب][1] يوما وليلة إلا مع ذي محرم.

ولأنَّ أهلها محتاجون إلى حفظها لدفع العار عنهم في المستقبل، وفي نفيها تعريض لها لمثل ذلك الفعل، لأنها إذا حصلت في غربة بحيث لا أهلها معها، ولا مَن يراعيها، ولا مكسب لها؛ لم يُؤمن منها الإقدام على مِثل ذلك.

ويشهد لهذا:

قول عثمان -[رضي الله عنه]-: «لا تُكلِّفوا[2] الأمَة الكسبَ فتزني»[3].

وإذا ثبت ذلك: بَان الفرق بينها وبين الرجل.

فأما الخبر: فعامٌّ، يخصُّه ما ذكرناه.

والمعنى في الجلد: أنَّه لا يؤدي إلى ما ذكرناه مِن المنع، والتغريب يؤدي إليه.

والمعنى في الرجم: أنَّ الغرض منه الإتلاف، وذلك لا يتبعض، وليس كذلك الجَلد والتغريب؛ لأنَّهما نوعان، يمكن وجود أحدهما مع انتفاء الآخر.

وكذلك القطع.

---

(1) زيادة من (ع).

(2) في (ع): (تكلَّف).

(3) رواه مالك في الموطأ (3595)، بنحوه.

فأمَّا حدُّ القذف: فإنه كالجلد في الزنى لا يؤدي إلى المنع الذي ذكرناه.

والمعنى في الرجل: لأنَّ المَحرَم ليس مِن شرط سفره، وليس كذلك المرأة، والله أعلم.

فصل:

فأما العبد والأمَة فاستدلوا لتغريبهما:

بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ﴾ [النساء: 25]؛ فعمَّ.

ولأنَّه حدٌّ يتبعض فكان للعبد مَدخل فيه؛ كالجَلد.

ودليلنا:

قوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا﴾ [النور: 2]؛ ولم يذكر تغريبًا، فلا نثبته إلا حيث يقوم الدليل.

وروى[1] مالك عن ابن شهاب عن عبيد الله [بن عبد الله][2] بن عتبة عن أبي هريرة، وعن زيد بن خالد الجهني: أنَّ رسول الله ﷺ سُئل عن الأمَة إذا زنت ولم تحصن؛ فقال: «إنْ زنت فاجلدوها، ثم إنْ زنت فاجلدوها، [ثم إنْ زنت فاجلدوها][3]، ثم بيعوها ولو بضفير»[4].

---

(1) في (ع): (وقد روى).

(2) زيادة من (ع).

(3) زيادة من (ع)، ومصادر التخريج.

(4) رواه مالك في الموطأ (3053)، ومن طريقه البخاري (6837) ومسلم (1703).

ففيه دليلان:

أحدهما: أنَّه سُئل عن حدِّها فأخبر بأنَّه الجَلد، ولم يذكر تغريبا.

والثاني: أنَّه تكرر[1] ذلك، ولم يذكر سوى الجلد.

وقد عُلم بأول مرة أنَّ الجلد يجب بالزنى؛ فلو كان التغريب واجبا لكان الأشبه أنْ يذكره، ويضرب عن ذكر الجلد؛ فأما أنْ يكون ذَكَر الجلد الذي هو مستغنى عنه ويدَعَ ذِكر الحدِّ الذي سئل عنه؛ فلا يجوز ذلك، بل لا يكون مجيبا، فدل على ما قلناه.

ولأنَّ [خدمتهما][2] مستحقة للسيد، وفي النفي قطعها[3] عنه؛ فلا يجوز ذلك إلا بدليل.

ولأنَّه لا يمكن [نفيهما][4] مع السيد؛ لِما فيه مِن إلحاق الضرر بالسيد، [ولا بانفرادهما لأنه][5] لا يُؤمن مِن العبد الإباق، ومن الأمَة الفجور.

ولا يُكلَّف السيد أنْ يبعث[6] معهما مَن يحفظهما؛ لِما يلزمه في ذلك مِن المؤونة والكلفة، فلم [يبق][7] إلا أنَّه لا نفي عليهما.

(1) في (ع): (كرر).

(2) في (خ): (خدمتها)، والمثبت من (ع).

(3) في (ع): (قطعهما).

(4) في (خ): (نفيها)، والمثبت أليق بالسياق، وفي (ع): (تغريبهما).

(5) في (خ): (ولانفرادها آية)، والمثبت من (ع)

(6) في (ع): (ينفذ).

(7) زيادة من (ع).

ولأنَّه لو لزمه النفي لكان يتبعض فيُنقص فيه عما يلزم الحر؛ كالجلد.

ولأنَّ ذلك مبني على أنَّ المرأة الحرة [10/و] لا تغرَّب؛ فنقول: لأنَّ الرِّقَّ يقتضي أنْ يسقط به ما يسقط عن الحر؛ أصله: الزيادة على السَنَة.

ولأنَّا لو أوجبنا تغريبهما؛ لكان في ذلك تفضيلهما على المرأة الحرة.

فأمَّا الظاهر: فدليلنا؛ لأنَّ المراد بالمحصنات فيه: الحرائر، وقد بينا أنَّه لا تغريب عليهم[1].

والمعنى في الجلد: أنَّه يلزم مع تبعيضه للمرأة الحرة، والتغريب بخلافه.

ولا يصح اعتبارهم بالرجل الحر؛ لأنَّ الحر يُنفى عن موطن له فتلحقه العقوبة بفِراق أهله وولده وقطعه عن تصرفه، والمملوك لا وَطن له، ولا عقوبة تلحقه في ذلك، والله أعلم.

مَسۡأَلَةٌ

قال -رحمه الله -:

(ولا يُحد الزاني إلا باعتراف، أو حَملٍ يَظهَر، أو بشهادة أربعة رجال أحرار بَالِغِين عدول، برؤية[2] كالمِرْود في المُكحُلة، ويشهدون في وقت واحد، وإن لم يُتمَّ أحدهم الصفة حُدَّ الثلاثة الذين أتمُّوها).

قال القاضي أبو محمد -رحمه الله-:

أما وجوب الحد بالاعتراف إذا كان ممن يصح اعترافه؛ فالأصل فيه:

---

(1) في (ع): (عليهن).

(2) في (ع): (يرونه).

قوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا﴾ [الأنعام: 164]؛ فأثبت كسب الإنسان على نفسه، وهذا بإقراره على نفسه كاسب عليها؛ فوجب أنْ يلزمه الحد.

وحديث ماعزٍ بن مالك: أَنَّه جاء إلى النبي ﷺ فقال: إنَّ الآخِر زنى؛ فأعرض عنه، حتى استثبت أمره بأن سأل أهله عن عقله فأخبروه أنَّه صحيح؛ فأمر به فرُجم[1].

وحديث المرأة التي أخبرته أنَّها زنت -وكانت حاملًا- فقال: «اذهبي حتى تضعي» إلى أنْ قال: ثم أمر بها فرجمت[2].

وقوله ﷺ: «فاغد يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها»[3]؛ فعلَّق ذلك باعترافها.

وما رُوي: أنَّ رجلا اعترف عنده ﷺ بالزِّنى فأمر به فجُلد، ثم قال [ﷺ]: «أيها الناس، مَن أصاب مِن هذه[4] القاذورات شيئا فليستتر بستر الله، فإنه مَن يُبدي[5] لنا صفحته نُقيم[6] عليه كتاب الله»[7].

---

(1) رواه البخاري (5271) ومسلم (1691).

(2) رواه مسلم (1695).

(3) رواه البخاري (6827) ومسلم (1697).

(4) في (ع): (هذا).

(5) في (ع): (يبد).

(6) في (ع): (نقم).

(7) رواه مالك في الموطأ (3048) عن زيد بن أسلم مرسلا، وينظر: التلخيص الحبير لابن حجر (6/ 2744).

وكل هذا في «الموطأ»[1].

ولا خلاف في ذلك.

ولأنَّه لمَّا لزمنا[2] الحد بقيام البيِّنة -وهي أضعف مِن الإقرار- كان لزوم ذلك بالإقرار أولى، والله أعلم.

فصل:

وإذا أقرَّ الأخرس بالإشارة التي يُفهم بها تَخَرُّصُه[3]، ويُعَبِّر بها عن مراده بأنَّه زنى؛ لزمه الحدُّ.

وبه قال الشافعي[4].

وقال أبو حنيفة: «لا حدَّ عليه»[5].

قال: «لأنَّه لا يمكنه أنْ يفرِّق بين الوطء المباح والمحظور؛ لأنَّ الوطء على وجه الزنى ليست له إشارة يُفهم منها»[6].

وهذا غلط؛ لأنَّ ذلك ممكن له بالإشارة، اعتبارا بالعادة.

ولأنَّ كل معنى فُهم به طلاقه جاز أنْ يُفهم به إقراره، أصله: النطق.

ولأنَّ كل مَن قُبل إقراره بغير الزنى؛ قُبل بالزنى، أصله: الناطق.

---

(1) ينظر: الموطأ (3036) (3039) (3040) (3048).

(2) في (ع): (لزمه).

(3) في (ع): (غرضه).

(4) ينظر: الحاوي الكبير (9/ 67).

(5) ينظر: الأصل (7/ 183).

(6) ينظر: التجريد (11/ 5951).

فصل:

فأما قوله: (أو يظهر حَمل)؛ فإنَّه على ما قاله، فإذا ظهر بالمرأة حمل ولم يُعلم لها في الظاهر زوج؛ فإنها تُحدُّ، إلا أنْ تُقيم بيِّنة على أنها تزوَّجَت، أو استُكْرِهت، أو يَنْضَمَّ إلى دعواها ظاهر يُقويها.

وقال أبو حنيفة والشافعي: «لا حدَّ عليها»(1).

لقوله ﷺ: «واغدُ يا أُنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها»(2)؛ وهذه لم تعترف.

ولأنَّ أشدَّ ما في الباب أنْ تكون شبهة؛ فيجب أنْ يدرأ الحد بها.

ورُوي: أنَّ عمر -رضي الله عنه- رُفع إليه امرأة بها حمل فقال: «لعلكِ استكرهت»، فقالت: نعم؛ أُتيت وأنا نائمة؛ فأسقط الحد عنها(3).

ولأنَّ الغالب مِن أحوال المسلمين عدم الزنى؛ فوجب حمل الأمر على الغالب.

فدليلنا:

ما رُوي مِن حديث عمر -[رضي الله عنه]- أنَّه خطب الناس(4) فقال: ... رواه مالك عن ابن شهاب عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود عن

(1) ينظر: الحاوي الكبير (13/ 227)، والتمهيد (23/ 97).

(2) رواه البخاري (6827) ومسلم (1697).

(3) رواه ابن أبي شيبة (29092) و(29093).

(4) في (ع): (المرأة).

عبد الله بن عباس -[رضي الله عنهما]- أنَّه قال: سمعت عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- يقول: «الرجم في كتاب الله حقٌّ على مَن زنى إذا أحصن مِن الرجال والنساء، إذا قامت بيِّنة[1] أو كان الحَبَل[2]، أو الاعتراف»[3].

وهذا قول صحابي إمام ظاهرٌ منتشرٌ[4] لا مخالف له عليه؛ فكان إجماعا.

ولأنَّ في إسقاط الحد هاهنا ذريعة إلى إسقاط الحد جملة؛ لأنَّ كل مَن وُجد منها حمل أو معها مَن يطؤها قالت: هو زوجي؛ فيؤدي ذلك إلى أنْ لا يجب حد إذا كان لهم طريق إلى إبطاله جملة.

ولأنه لو وُجد معها مَن يطؤها، و[شهد][5] الشهود، [فادَّعيا][6] الزوجية، لم يقبل ذلك منهما -مع إمكان كون الأمر على ما ادَّعياه-؛ فكذلك في مسألتنا.

فأما الخبر: فلا تعلُّق فيه؛ لأنه إنما رجع إلى الاعتراف، وليس[7] ما يرجع إليه غيره، وهاهنا ظاهرُ حالٍ مثلُه أو أقوى منه.

---

(1) في (ع): (بينته).

(2) في (ع): (الحمل).

(3) رواه مالك في الموطأ (3042)، به، بنحوه، ورواه البخاري (6829) ومسلم (1691)، من طرق عن ابن شهاب، به، بنحوه.

(4) في (ع): (ظاهره ينتشر).

(5) في (خ): (شاهد).

(6) في (خ)، (ع): (فادعى)، والمثبت أليق بالسياق.

(7) في (ع): (حيث ليس).

وقولهم: [و/١١] «أشد ما فيه أنْ يكون شبهة»؛ يبطل بها[1] إذا شهد الشهود.

ولأنه ليس كل موضع أمكن تحميله ذلك جاز فيه؛ لأنه يكون ذريعة إلى إسقاط[2] الحدود.

وحديث عمر -[رضي الله عنه]- دليلنا؛ لأنَّه لولا أنَّ ظهور الحمل موجب للحدِّ لَمَا رُفعت إليه، ولمَا احتاج إلى تقرير الاستكراه عليها، ولعلها أنْ تكون أضافت إلى ذلك شبهةً قَوي بها دعواها للاستكراه.

فأما قولهم: «إنَّ الغالب أنَّ الوطء لا يكون إلا حلالا»؛ فكما قالوه، ولكن هاهنا غالبٌ أظهرُ مما ادَّعوه؛ وهو أنَّ النكاح لا يكاد يخفى بل يظهر وينتشر ويقف عليه الجيران، وكذلك الاغتصاب له أمارات مِن صياح [واستغاثة][3] وما أشبهه.

فإذا وُجد الوطء عَرِي[4] مِن هذه الأمارات، وكان مِن عادة [الزنى][5] أنه يستَسَرُّ به ويُكتم؛ قَوي الأمر فيه، وضعف دعوى النكاح أو الاغتصاب.

والله أعلم.

فصل:

فأما قوله: (أو شهادة أربعة رجال أحرار بَالِغِين عدول)؛ فالكلام فيه في خمسة مواضع:

---

(1) في (ع): (به).

(2) في (ع): (سقوط).

(3) زيادة من (ع).

(4) في (ع): (عاريا).

(5) في (خ) ما صورته: (النسا)، والمثبت من (ع).

أولها: أنَّ الزِّنى يثبت بالشهادة.

والثاني: أنَّه لا يثبت إلا بشهادة الرجال دون النساء.

والثالث: أنَّه لا يثبت إلا بعدد مخصوص؛ وهو الأربعة، بخلاف سائر الحقوق.

والرابع: اشتراط العدالة.

والخامس: اشتراط الحرية، ويدخل[1] في ذلك البلوغ والعقل وغيره.

فصل:

فأما الكلام في أنه يثبت بالشهادة:

فالأصل فيه:

قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجۡلِدُوهُمۡ﴾ [النور: 4].

وقوله تعالى: ﴿وَلَمۡ يَكُن لَّهُمۡ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمۡ﴾ [النور: 6]؛ فدل على أنَّ شهادة الشهود مقبولة.

وقوله -عليه السَّلام- لهلال بن أمية: «البيِّنة وإلا حَدٌّ في ظهرك»[2].

ولأنَّه أمرٌ يدرك بالمشاهدة؛ فصحَّ ثبوته بالشهادة، كسائر الحقوق.

فإن قال قائل: الزنى لا يدرك بالمشاهدة؛ لأنَّ الذي يدرَك هو الوطء، والوطء نفسه لا يسمى زنى[3] إلا إذا وقع على وجه مخصوص، وهو مع

---

(1) في (ع): (ويذكر).

(2) رواه البخاري (2671).

(3) في (ع): (ليس بزنى).

عدم الاستباحة بعقد نكاحٍ أو ملك أو [شبهة][1] أحدهما، وهذا أمر لا يشاهد؛ فإذًا لا تصح الشهادة به.

قلنا: هذا غلط؛ لأنَّ الشهادة تقع على الفعل، ثم إنَّه زنًى بناءً على الظاهر؛ لأنه إذا لم يكن هناك عقد ولا دليل عليه ولا أمارة لشبهة، وكانت أمارات الزنى ظاهرة؛ جاز لهم الشهادة على الزنى، وشهادتهم بذلك على الظاهر كشهادتهم بأنَّها زوجةٌ وأنها مِلك؛ كل ذلك شهادة على الظاهر.

فصل:

فأمَّا اشتراطه الرجال؛ فلا خلاف في ذلك بين مَن يُعتمد عليه.

وقد ذُكر عن قوم أنَّهم أجازوا شهادة ثلاثة رجال وامرأتين[2]؛ وهذا غلطٌ: لقوله [تعالى]: ﴿فَٱسْتَشْهِدُواْ عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنكُمْ﴾ [النساء: 15].

وقوله -[عزَّ وجلَّ]-: ﴿ثُمَّ لَمْ يَأْتُواْ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ﴾ [النور: 4]، وهذا يفيد الرجال؛ لأنَّ «الهاء» لا تثبت في الجمع مِن الثلاثة إلى العشرة إلا في جمع المذكر، فأما المؤنث فيقال فيه: «ثلاث» و«أربع» بغير هاء.

فإن قيل: إنَّ شهادة امرأتين قد أقيمت في الشرع مقام شهادة رجل.

قلنا: هذا صحيح، ولكن في الموضع الذي يقبل فيه شهادتهم[3]، لا في كل موضع، والله أعلم.

---

(1) في (خ): (شبه)، والمثبت من (ع).

(2) ذكره في الحاوي الكبير (13/ 226) عن الحسن البصري.

(3) في (ع): (شهادتهن).

فصل:

فأما اشتراطه[1] العدد وأنَّه أربعة؛ فلا خلاف فيه.

والأصل في ذلك:

قوله تعالى: ﴿ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجۡلِدُوهُمۡ﴾ [النور: 4]؛ فجعل التخلص مِن القذف بشهادة هذا العدد.

وقوله -[عزَّ وجلَّ]-: ﴿فَٱسۡتَشۡهِدُواْ عَلَيۡهِنَّ أَرۡبَعَةٗ مِّنكُمۡ﴾[النساء: 15].

وقول [سعد][2] -[رضي الله عنه]-: يا رسول الله، أرأيت إنْ وجدتُ مع امرأتي رجلا أُمهله حتى آتي بأربعة شهداء؟! قال: «نعم»[3].

ولأنَّه إجماع[4] الصحابة -رضي الله عنهم-؛ لأنَّ عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- حدَّ أبا بكرة ونافعا[5] ونُفيعا لمَّا قصروا عن الأربعة بتوقف الرابع[6].

---

(1) في (ع): (اشتراط).

(2) في (خ): (سعيد)، والمثبت من (ع)، ومصادر التخريج.

(3) رواه مالك في الموطأ (2730) (3041)، ومن طريقه مسلم (1498[15])، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(4) في (ع): (اجتماع).

(5) قال ابن الملقن في البدر المنير (8/ 645): «هذا الأثر إيراده هكذا غريب؛ فإن نفيعا هو اسم أبي بكرة، وصوابه ما رواه البيهقي من طريق قسامة بن زهير قال: «لما كان من شأن أبي بكرة والمغيرة ما كان ... » وذكر الحديث قال: «فدعا الشهود؛ فشهد أبو بكرة وشبل بن معبد وأبو عبد الله نافع ...» إلى آخر ما أورده.

(6) ذكره البخاري تعليقا في باب شهادة القاذف والسارق والزاني، ورواه ابن أبي شيبة في المصنف =

ولم يخالف عليه أحد.

فأمَّا الفرق بين الزنى وبين سائر الحقوق في اختصاصه بزيادة العدد فقد ذُكر في ذلك أشياء:

منها: أنَّ القاذف لا ضرورة به إلى القذف؛ فغلظ عليه في ذلك بزيادة عدد الشهود، ليتعذر عليه إقامتهم فيحد؛ فيكون ذلك ردعًا له عن معاودة القذف، ودفعا للمعرَّة عن المقذوف.

ومنها: أنَّ الإنسان مأمور بالستر على نفسه وعلى غيره، فإذا لم يكن بالشهود ضرورة إلى إقامة الشهادة على الزنى غُلِّظ عليهم في ذلك، سترا مِن الله تعالى على عباده.

ومنها: أنَّ الاستدلال على الزنى تارة بشهادة الأجانب وتارة مِن قِبل الزوج؛ فلما كان فيما طريقه الأَيْمان -وهو اللعان- لا يثبت إلَّا بأربعة أيْمان، زيادة على سائر الحقوق؛ وكذلك في عدد [و/ 12] الشهود.

ومنها: أنَّ الزنى بمنزلة فِعْلَين؛ لأنَّ منه الفعل، ومنها التمكين الذي هو مشاركة، بدليل لزوم الكفارة لهما[1] والحدِّ وغير ذلك؛ فاحتاج كل فعل إلى شاهدين.

والله أعلم.

(29419) و(29421) وغيره، وقال ابن جماعة في تخريج الرافعي [1/ 334/ ب]: «مشهور مِن طرق جيدة».

(1) في (ع): (لها).

فصل:

فأما اشتراطنا[1] **العدالة**؛ فلأن شهادة الفاسق غير مقبولة في شيء مِن الحقوق على وجهٍ، والزنى آكد منها.

ولأنه لما تأكد الزنى على سائر الحقوق بالتغليظ في عدد الشهود وغير ذلك؛ كان بأن يساويه في شروط الشهادة فيها أولى.

فصل:

فأما اشتراط الحرية؛ فلأنَّ العبد ليس بعدل عنده.

وكذلك البلوغ؛ لأنَّ شهادة الصبيان لا تقبل إلا في موضع مخصوص للضرورة.

ولأنه لمَّا لم تقبل فيه شهادة النساء -ولهن مدخل في الشهادة في سائر الحقوق- كان بأن لا يقبل شهادة مَن ذكرنا أولى.

و[هذا][2] يجيء مستقصًى في «كتاب الشهادات».

فصل:

فأما قوله: (إنَّهم يَشهدون أنهم رأوه كالمِرْود في المُكْحُلة)؛ فلأنَّ الشهود لمَّا لم يكن بهم ضرورة إلى إقامة الشهادة -لأنَّ الإنسان مأمور بالتستر[3] على نفسه وعلى غيره- غُلِّظ عليهم في الأداء وصفة الشهادة؛ لأنَّ ذلك في الزنى

---

(1) في (ع): (اشتراطه).

(2) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(3) في (ع): (بالستر).

آكد وأغلظ منه في غيره، ألا ترى أنه قد غُلِّظ عليهم فيه في أشياء لم يغلَّظ عليهم في غيره، مِن ذلك:

أنْ يؤدوها مجتمعين لا مفترقين.

وأنَّ رجوع بعضهم على وجهٍ يُصيِّره قاذفا، ويوجب عليه الحد؛ وليس [مثل][1] ذلك في شيء مِن الشهادات.

وإذا كان الأمر كذلك؛ غُلِّظ أيضا في صفة الأداء، تأكيدا له مِن [بين][2] سائر الأشياء المشهود بها.

ولأنَّ الزوج في اللِّعان أشد ضرورة مِن الشهود؛ لأنَّه متى سَكت لم يأمن أنْ يلحق به نسب ليس منه، ثم قد غُلِّظ عليه في الالتعان حتى أُلزم أنْ يُؤديه على هذا الوجه، فكان الشهود بذلك أولى.

ولأنَّ الحدود مبنية على دَرءها مع الشبهة والشكوك ما لم يمنع مانع، وعلى أنْ تثبت بالشهادة القاطعة، ألا ترى أنَّه أُزيد[3] في عدد مَن يشهد[4] فيها على عدد سائر الحقوق، وكانت الشهادة بالزنى أشد إشكالا مِن غيرها واحتمالا، ويُحتاج إلى أنْ يكون الشاهد فَقيها يَعرف الزنى مِن غيره؛ جاز أنْ يكون الشاهد متى كشف عن شهادته وُجد فيها ما لا يثبت معه الحد؛ إما لكونه مغفلا أو لقلة فقهه.

---

(1) زيادة من (ع).

(2) زيادة من (ع).

(3) في (ع): (زيد).

(4) في (ع): (شهد).

ولهذا المعنى ما قلنا: إنَّ الإمام يستثبت المقِرَّ؛ لجواز أنْ يكون عاميا لا يعرف شروط الزنى، [وإذا][1] وجب ذلك في المقِرِّ؛ ففي الشهود أولى.

وكذلك[2] سأل عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- الشهود على المغيرة -رضي الله عنه- وكشف [الأمر][3] إلى أنْ بَان له ما أسقط معه الحد.

والله أعلم.

فصل:

فأما قوله: (إنهم يشهدون في وقت واحد)؛ فهذا قولنا وقول أبي حنيفة، أنَّ الشهادة في الزنى لا يُقام الحد بها إلا أنْ يشهد الشهود في وقت واحد.

فإن شهد بعضهم في وقت، وبعضهم في مجلس آخر؛ فإنَّ الشهادة لا تثبت، ويكونون قَذَفة[4].

وقال الشافعي: «يحكم بشهادتهم»[5]، وهو قول عبد الملك:

لقوله تعالى: ﴿ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ﴾ [النور: 4]؛ فعمَّ.

ولأنهم شهود لو تكامل عددهم في مجلس واحد؛ حُكِم بشهادتهم، فكذلك إذا تكامل في مجالس؛ أصله: الشاهد والمرأتان في المال.

ولأنَّ ما يثبت بالشهادة في مجلس واحد؛ جاز أنْ يثبت بها في مجالس،

---

(1) في (خ): (ولذلك)، والمثبت من (ع).

(2) في (ع): (ولذلك).

(3) في (خ): (الأموال)، والمثبت من (ع).

(4) ينظر: التهذيب في اختصار المدونة لابن أبي زيد (4/ 411)، والتجريد (11/ 5919).

(5) ينظر: مختصر المزني (ص: 342)، والحاوي الكبير (13/ 228-229).

أصله: سائر الحقوق.

ولأنها صفة في الشهادة لا تعتبر في الشهادة على القذف؛ فلم تعتبر في الشهادة على الزنى، أصله: توالي الشهادة.

ولأنهم عدد يُحكم بينهم عند الاجتماع؛ فكذلك في الافتراق، أصله: الشاهدان في سائر الحقوق.

ولأنَّ الشهادة على الزنى [و/ 13] لا تخلو: أنْ تكون حقا لله تعالى أو لآدمي، وأيُّهما كان: [فالافتراق][1] والاجتماع غير مؤثر فيه.

ودليلنا:

أنَّ قول الشهود قذفٌ يجب به الحدُّ متى لم يوجد لفظ الشهادة، كما أنه قذفٌ متى لم يكمل العدد، ولا يُراعَى في ذلك حرمة مجيء الشاهد، [كما][2] مجيء القاذف.

وإذا ثبت ذلك؛ ثُمَّ اعتبر وجود لفظ الشهادة معه في مكانه لينتفي به الحدُّ عن نفسه، ولو أتى به في مكان آخر لم يقبل منه؛ فكذلك يجب أنْ يكون العدد [موجودا][3] مع شهادته لنفي الحد عن نفسه.

ولا يلزم على هذا تصديق المقذوف؛ لأنه لا يعتبر لينفي الحدَّ، لكن لسقوط الحدِّ الذي وجب قِبَله، فصار مؤثرا في منع الاستيفاء.

---

(1) في (ع): (لافتراق)، والمثبت أليق بالسياق.

(2) في (ع) ما صورته: (لـا)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(3) في (ع): (موجوا)، والمثبت أليق بالسياق.

ويمكن أنْ [يحرر][1]، فيقال: كل معنًى لو لم ينضمَّ إلى شهادة الشاهد كانت شهادته قذفًا، فإنَّه يجب أنْ يوجد معها عند إقامتها لا متراخيا عنها؛ أصله: لفظ الشهادة وصفة الرؤية، فنقيس كمال العدد على لفظ الشهادة.

ولأنَّ الإقرار بالزنى قد أُكِّد بأمرين فارق [بهما][2] الإقرارَ في سائر الحقوق، وهما: التصريح، والآخر: منع الرجوع.

كذلك يجب أنْ تكون الشهادة مؤكَّدة بأمرين: وهما التصريح والفور؛ بعلة أنَّ كل واحد منهما سبب يثبت به الحد.

فأمَّا الظاهر؛ فعنه جوابان:

أحدهما: أنَّه [لنا][3]، وذلك أنَّه قال: ﴿ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ﴾ [النور: 4]؛ وهذا لم يأت بأربعة، لأن إثبات الإطلاق بهم يقتضي [الاجتماع][4]، فيجب متى أحضر واحدا أنْ يلزمه حدُّ القذف؛ لأنَّه يوصف بأنَّه لم يأت بأربعة.

ولأنَّ هذا الواحد ليس بشاهد؛ لأنه إذا جاء وحده كان قاذفا.

ولا يصح اعتبارهم المجالس بالمجلس الواحد؛ لأنَّ الأقاويل التي شُرط بعضها في بعض يختلف حكمها بالمجلس والمجالس، كالإيجاب والقَبول في البيع والنكاح.

ولأنَّ الشهادة في سائر الحقوق لا توجب حقًّا على الشاهد متى لم يحصل

---

(1) في (ع) ما صورته: (يحور)، والمثبت أليق بالسياق.

(2) في (ع): (بها)، والمثبت أليق بالسياق.

(3) في (ع): (كفا)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(4) في (ع): (الإجماع)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

مِن غيره إتمام الشهادة، فلا يكون رافعا عن نفسه -بتصحيح شهادته- أمرا يلزمه ببطلان شهادته في الزنى مِن كونه قاذفا؛ فكان تصحيح الشهادة يوجب سقوط الحدِّ عنه؛ فجاز أنْ يختلف حكم المجلس الذي لا تصح فيه الشهادة وحكم المجالس.

والجواب الثاني عن الظاهر: أنَّه مرتَّب على ما حررناه.

واعتبارهم بسائر الحقوق؛ غلط، لأنَّ الشهادة فيها غير مغلَّظة.

ولأنَّ الشاهد الواحد إذا لم تكمل معه بقية البيِّنة لم يتعلَّق عليه حكم شهادته، وليس كذلك في الزنى.

ولأنَّ تفريق الشهادة يُثبت للشهود حكمَ القذف، بخلاف سائر الحقوق.

وتقسيمهم؛ باطل، لأنهم قسَّموا أقساما غير مؤثرة، فهو [كقول][1] مَن قال: لا يُحتاج إلى أربعة، ولا يُحدُّ الواحد إذا رجع لأنه لا يخلو أنْ يكون حقًّا لله تعالى أو لغيره.

والجواب الصحيح هو أنَّه يعتبر ليزول عنهم حكم القذف، والله أعلم.

فصل:

فأما قوله: (إنهم إذا لم يتموا كانوا قذفة)، ويُحدون [ولا يُحد][2] المقذوف؛ فهذا قولنا، وقول أبي حنيفة، وأحد قولي الشافعي[3].

(1) في (ع): (حقوق)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) زيادة يقتضيها السياق.

(3) ينظر: النوادر والزيادات (14/ 241)، والأصل (5/ 55)، والأم (7/ 345).

وقال في الآخر: «لا يكونون قذفة، ولا حدَّ عليهم»[1]، وهو قول داود[2].

قالوا: لأنَّ مجيء الشهادة يمنع أنْ يُحكم له بالقذف؛ أصله: إذا كَمُل العدد.

ولأنه إذا رجع بعضهم عن الشهادة لم يَصِر الباقون قذفة؛ فكذلك إذا امتنع عن إقامتها، أو لم يكمل العدد.

ودليلنا:

إجماع الصحابة -رضي الله عنهم-؛ لأنَّ عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- جلد الثلاثة لمَّا امتنع الرابع، وقال لأبي بكرة -رضي الله عنه-: «تُبْ؛ أَقْبَلُ شهادتَك»[3]، ولم يخالف عليه أحد.

ولأنَّهم أدخلوا المعرَّة عليه بإضافة الزنى إليه بسببٍ لم يسقط حصانته؛ فكانوا قذفة؛ أصله: [و/ 14] إذا قذفوه ابتداء.

ولأنه شرط معتبر في الشهادة؛ فوَجَب أنْ يكون [الإخلال][4] به يُثبت حكم القذف، أصله: لفظ الشهادة.

ولأنَّ كمال العدد أخصُّ بهذه الشهادة مِن لفظ الشهادة؛ لأنَّ ذلك معتبر بسائر الشهادات، والأربعة مختصة بهذه الشهادة، فإذا كان عدم لفظ الشهادة يوجب الحدَّ؛ فعدم العدد أولى.

---

(1) ينظر: الحاوي الكبير (11/ 135-136).

(2) ينظر: المحلى (11/ 260).

(3) ينظر: مصنف عبد الرزاق (13564)، السنن الكبرى للبيهقي (20545).

(4) في (ع): (للاحلال)، والمثبت أليق بالسياق.

ولأنَّ ذلك ذريعة إلى هتك حرمة الأعراض مِن وجهين:

أحدهما: أنَّه لا يشاء أحد قذفَ غيره ورميَه بالمعرَّة إلَّا أورد ذلك بلفظ الشهادة.

والآخر: أنْ يجتمع معه غيره في قذفه، والأصل إسقاط ما يكون طريقا إلى هتك حرمة النفوس والأعراض.

فأما المعنى في كمال العدد: فهو حصول الشهادة المحكوم بها وسقوط الحصانة.

وأما إذا رجع بعض الشهود:

فإن كان قبل إقامة الحدِّ؛ حُدَّ الباقون والراجع.

وإن كان بعد إقامة الحدِّ؛ حُدَّ الراجع وحده، ولم يحدَّ الباقون؛ لأن الشهادة قد تمَّ الحكم بها، والله أعلم.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ولا حدَّ على مَن لم يحتلم).

قال القاضي:

هذا لقوله ﷺ: «رُفع القلم عن ثلاثة» فذكر: «الصبي حتى يحتلم»[1].

ولأنه غير مكلف؛ فلم يصح منه الزنى، كالمجنون.

ولأنَّ وطئه ناقص؛ بدليل أنه لا يلزم به غسلٌ ولا مهرٌ، فكذلك لم يثبت به حكم الزنى.

---

(1) تقدم تخريجه (ص: 319).

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ويحدُّ واطئ أمَة والده).

قال القاضي:

وهذا لأنه زاني؛ لأنه وطئ مِلك غيره مما لا شبهة له فيه، فكان ذلك زنى يوجب الحد، أصله: الأجنبي.

ولأنَّ كل مَن جاز له تزويجها جاز أنْ يحدَّ إذا زنى بها؛ أصله: أمَة الأجنبي.

مَسْأَلَةٌ

قال:

(ولا يحدُّ واطئ أمَة ولده، وتُقوَّم عليه وإنْ لم تحمل).

قال القاضي:

وهذا لأنَّ للأب [شبهة][1] في مال ولده؛ يمنع أنْ يحد إذا زَنَى بأمته.

هذا قولنا، وقول فقهاء الأمصار[2].

وقال داود: «عليه الحدُّ»[3]:

لقوله تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِى فَٱجْلِدُوا۟﴾ [النور: 2]؛ فعمَّ.

ولأنَّها ليست بملك له؛ فأشبه[4] الأجنبي.

---

(1) في (ع): (بشبهة)، والمثبت من شرح الهسكوري [107/ أ] نقلا عن المصنف.

(2) ينظر: النوادر والزيادات (13/ 171)، والأوسط (12/ 500).

(3) ينظر: المغني لابن قدامة (9/ 577).

(4) في شرح الهسكوري: (بمال له؛ فأشبهت).

ولأنَّ كل شخصين لو وطئ أحدهما أمَةَ الآخر حُدَّ كذلك الآخر؛ أصله: الأجنبيان.

ولأنه لو قتله عمدا لقُتل به؛ فكذلك إذا زنى بأمته وجب أنْ يُحَدَّ.

وهذا غلط؛ لأنَّ للأب شبهة في مال ابنه، بدليل: قوله ﷺ: «أنت ومالك لأبيك»[1].

وأقل ما في هذه الإضافة أنْ تثبت له أحكام المِلك، وإن لم يكن نفس الملك ثابتا.

ولأنَّا وجدنا النفقة تلزم الابنَ لأبيه إذا احتاج وكان الابن موسرا بحقِّ الأبوة، لا بمعنى زائد عليه، وذلك أمر لازم لا ينفك، فيفارق الزوجية والمِلك وغيرهما مما تجب النفقة فيه لمعنى قد يطرأ وينتقل.

وإذا ثبت ذلك؛ كان في حكم مال نفسه، ولهذا المعنى ما[2] أسقطنا القطع عنه في سرقته مِن مال ابنه، وإذا ثبت الشبهة على هذا الوجه الذي ذكرناه؛ وجب [انتفاء][3] الحدِّ معها.

وإذا ثبت هذا؛ فلا يُسلَّم تناول الاسم له؛ لأنَّ «الزنى» اسم لا يقع مع الشبهة.

وقولهم: «ليست بملك له»؛ فعلى الإطلاق لا نُسلِّمه، لأنَّ هذا النفي لا يستعمل إلا حيث لا شبهة.

---

(1) تقدم تخريجه (ص: 50).

(2) (ما) هنا بمعنى: «الذي»، وقد تكرر هذا في مواضع من الكتاب.

(3) في (ع): (ابتغاء)، والمثبت أليق بالسياق.

ولا يجوز اعتبار الأب في ذلك بالابن؛ لأنَّ الابن لا شبهة له في مال أبيه، وللأب شبهة في مال ابنه.

ولا يجوز اعتباره بالقتل؛ لأنَّ القتل لا يرجع إلى شبهة في المال، والزنى يتعلَّق بذلك.

ولأنَّ الأبوة قد أثَّرت أيضا في الفرق بين الأب والابن؛ بدليل أنه قد يقتله فلا يقتل به على وجه [لو كان][1] أجنبيا لأُقِيد به، والله أعلم.

فصل:

فإذا ثبت هذا؛ فإن حَمَلت قُوِّمت عليه، وكانت أم ولد للأب على خلافٍ بين أصحابنا فيه، لأنه قد أفاتها على الابن بوطئه، لأنَّ الابن لا يقدر أنْ يطأها بعد ذلك؛ فكان في المعنى كالمتلِف[2] لها.

وإنْ لم تَحمِل قُوِّمت أيضا عليه لتكامل[3] الشبهة في درء الحدِّ عنه، وتفويتها على الابن حاصل في الموضعين، وإنما تكون أم ولد للأب إذا حَمَلت منه بعد مِلكه، ما لم يكن الابن قد وطئها، والله أعلم.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ويُؤدَّب الشريك في الأمَة يطؤها، ويضمن قيمتها إنْ كان له مال، فإن لم

(1) في (ع): (لكان)، والمثبت أليق بالسياق.

(2) في (ع): (في معنى المتلف).

(3) في (ع): (ليتكامل).

تحمل فالشريك بالخيار: أنْ يتماسك أو تقوَّم عليه).

قال القاضي:

وهذا لأنَّ الشريك لا يجوز له وطء أمَةٍ بينه وبين شريكه؛ لأنَّ شرط الإباحة لم يحصل إذا كانت الإباحة لا تكون إلَّا بعقد نكاح أو ملك تام، وليس هاهنا أحد هذين.

ولأنه قد اجتمع فيها أمران:

أحدهما: مؤثِّر في الإباحة.

والآخر: مؤثِّر في المنع.

فالمؤثر في الإباحة: المِلك.

والمؤثر في المنع: عدم المِلك لبقيتها؛ فوجب تغليب الحاظر منهما؛ كالشاة يذبحها المسلم والمجوسي.

وإذا ثبت أنه لا يجوز له وطؤها؛ فمَن[1] وطئها أُدِّب، لأنه فَعل ما لا يجوز له بإقدامه[2] على ملك الغير، لأنَّ الشركة لا تبيحه ذلك، لأنَّ الوطء لا يقع فيه شركة، وليس له أنْ يستبيح منها إلَّا ما لشريكه مثله؛ كالخدمة والغَلَّة.

فإذا ثبت ذلك؛ فلا يخلو:

أنْ تكون حَمَلت.

أو لم تحمل.

---

(1) في (ع): (فمتى).

(2) في (ع): (من إقدامه).

فإنْ كانت لم تحمل؛ فالشريك[1] مخيَّر، إنْ شاء تماسك بها ولا شيء له، وإنْ شاء قوَّمها عليه.

وإنما قلنا ذلك: لأنه مُتعدًّى عليه؛ فالخيار له في الأصول.

ولأنَّ في تقويمها تكامل الشبهة للواطئ في درء الحدِّ عنه.

فإذا اختار التمسك بها؛ فلا شيء له لا في[2] صداق، ولا غيره مِن أَرْش نقص، لأنَّ الواجب كان له القيمة أو تركها، فإذا تركها فقد [رضي][3] بإسقاط الواجب له، فلم يكن له غيره.

وإن اختار التقويم؛ فذلك له، ولا مقال للواطئ لأنَّ الخيار للمجني عليه.

ثُمَّ ننظر:

فإنْ كان موسرا؛ أخذ القيمة منه.

وإنْ كان معسرا؛ اتَّبعه بها أو [بيعت][4] عليه.

هذا إذا لم تَحْمِل.

فإنْ حَمَلت؛ فلا يخلو الواطئ:

أنْ يكون موسرا.

أو معسرا.

فإنْ كان موسرا؛ فليس للشريك أنْ يتماسك بها، ولزم تقويمها على

---

(1) في (ع): (فإن الشريك).

(2) في (ع): (من).

(3) في (خ): (نص)، والمثبت من (ع).

(4) في (خ): (تبعث)، وفي (ع): (أبيعت)، والمثبت أليق بالسياق.

الواطئ، لأنه قد ثبت لها حرمة الاستيلاد، فلم يكن له إبطاله[1]، فإذا أخذ القيمة كانت له أم ولد، وليس عليه قيمة الولد لأنه وطء ملك، وإنما وجب للشريك قيمة الأم، وقد أخذها.

وإنْ كان معسرا؛ فالشريك مخيَّر: إنْ شاء تماسك بها واتَّبعه بنصف قيمة الولد، [ولا يلزمه][2] التقويم؛ لأنَّ في ذلك إضرارا به، كالمعتِق حصتَه مِن عبد وهو معسر؛ أنَّ شريكه لا يلزمه تقويم حصته على المعتِق للإضرار به.

ويلزمه نصف قيمة الولد؛ لأنه لم يعتق بالاستيلاد، فكان لا يلزمه شيء مِن قيمته، وإنما عَتَق بالشبهة في المِلك تغليبا لحرمة الحرِّية.

هذا إنِ اختار التماسك بها.

وإنْ شاء قُوِّم عليه نصفها يوم الوطء، وبِيع عليه فأخذ في القيمة، واتُّبع بالنقصان إنْ كان لم يبلغ.

وهل يُضمِّنه نصف قيمة الولد أم لا؟ مختلف فيه:

فله ذلك عند ابن القاسم.

وقال سحنون: «ليس له ذلك»[3].

فوَجْه قول ابن القاسم: [اعتباره][4] بحال التماسك؛ لأنَّ التقويم لم يلزم الشريك، فيكون ذلك مسقطا لقيمة الولد، وإنما فعله باختياره.

---

(1) في (ع): (إيطالها).

(2) في (خ): (ولا يلزمها)، والمثبت من (ع).

(3) ينظر: المدونة (2/ 554-556).

(4) في (خ): (اعتبار)، والمثبت من (ع).

ووَجْه قول سحنون: أنه إذا قوَّمها عليه ثبت[1] لها حرمة الاستيلاد، فسقط عنه قيمة الولد، اعتبارا بتقويمها عليه في إيساره[2].

وهذا أقيس، والله [تعالى] أعلم.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(وإنْ قالت امرأة بها حَمْل: «استُكرهت» لم تصدق، وحُدَّت إلَّا أنْ تقوم[3] بيِّنة أنها احتُمِلَت حتى غاب عليها، أو جاءت مستغيثة عند النازلة، أو جاءت تَدْمَى).

قال القاضي:

قد ذكرنا هذا فيما تقدم[4]، وبيَّنَّا القول فيه، [والله أعلم].

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(والنَّصراني إنْ غَصَب المسلمة في الزِّنى قُتل).

قال القاضي -رحمه الله-:

وهذا لأنه يكون [بما][5] فعله مِن ذلك ناقضا لعهده؛ فيستحِق[6] القتل كما

(1) في (ع): (تثبت).

(2) في (ع): (يساره).

(3) في (ع): (تعرف).

(4) ينظر ما تقدم (ص: 445).

(5) خرم في (خ)، والمثبت من (ع).

(6) في (ع): (فاستحق).

يستحقه إذا شَهَر السلاح وطلب أموالنا؛ لأنَّ العهد إنما حصل لهم على الكفِّ عما[1] يستبيحونه [منا][2]، فإذا اغتصبوا النساء كان ذلك مِن أبلغ ما يكون مِن نقض العهد.

ولأنَّ جميعهم لو فعل ذلك وأعلنوا به لكان نقضا للعهد؛ فكذلك الواحد منهم.

ولأنَّ هذا أشدُّ وأغلظ مِن منع الجزية، ولو امتنعوا مِن الجزية لخرجوا مِن العهد؛ فكان هذا أبلغ.

ولأنهم لو شهروا السلاح وطلبوا الأموال [16/ و] واغتصبوا النساء، وأعلنوا ذلك؛ لكان جميع ذلك نقضا للعهد، فكذلك الانفراد بأحدها.

ولا [يشبه][3] السرقة؛ لأنها لا تفعل جهرا، فلم تكن نقضا للعهد.

والله أعلم.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(وإنْ رجع المقِرُّ بالزِّنى أُقيل وتُرك).

قال القاضي:

هذا إذا رجع إلى عذر أو إلى شبهة.

فأما إنْ رجع إلى غير شبهة، فإن أكذب نفسه؛ ففيها روايتان:

---

(1) في شرح الهسكوري [108/ أ] نقلا عن المصنف: (عنا مما).

(2) في (ع) ما صورته: (مما)، والمثبت أليق بالسياق.

(3) في (ع): (شبه)، والمثبت من شرح الهسكوري.

إحداهما: أنَّه يُقبل رجوعه، وهو قول أبي حنيفة والشافعي -رحمة الله عليهما-.

والأخرى: أنه لا يقبل رجوعه، وهو قول ابن أبي ليلى وداود(1).

فوَجْه القول بأنه يقبل رجوعه: قوله ﷺ لماعز -رضي الله عنه-: «لعلك لمست، لعلك قبَّلت»(2)، ولا فائدة في هذا إلَّا أنَّه إذا رجع قُبِل رجوعه.

وقوله ﷺ لمَّا هَرب: «هلَّا تركتموه»(3)؛ ولا فائدة في ذلك إلَّا ما قلناه.

ولأنَّ رجوعه أبلغ في باب إكذاب نفسه مِن هربه؛ فإذا جُعل هربُه مسقطا للحدِّ كان الرجوع أولى.

ورُوي نحو ذلك عن أبي بكر -رضي الله عنه- في سارق أقرَّ عنده(4).

وعن عليٍّ -رضي الله عنه- أنه قال لشُراحة الهمدانية: «[لعل](5) أتاك زوجك منه(6)، لعله استكرهك»(7).

---

(1) ينظر: النوادر والزيادات (14/ 248-249)، والأصل (7/ 223)، ومختصر المزني (ص: 342)، والأوسط (12/ 452-453)، والحاوي الكبير (13/ 210).

(2) رواه البخاري (6824).

(3) رواه أبو داود (4419) (4420) والترمذي (1428) وابن ماجه (2554)، وقال الترمذي: «حديث حسن».

(4) روى عبد الرزاق في المصنف (18919)، من طريق ابن جريج ، قال: سمعت عطاء يقول: كان الناس فيما من مضى يؤتى بالسارق فيقول: أسرقت؟ قل: لا، أسرقت؟ قل: لا، علمي أنه سمَّى أبا بكر وعمر.

(5) في (ع): (لقد)، والمثبت من مصادر التخريج.

(6) في مصادر التخريج: (لعل زوجلك من عدونا هذا أتاك، فأنت تكرهين أن تدلي عليه).

(7) رواه البيهقي في الكبرى (16963) من طريق الشعبي عن علي.

ولأنه سبب لوجوب حدِّ الزنى؛ فأشبه رجوع الشهود قبل إقامة الحدِّ.

ولأنَّ الحدود تسقط بالشبهة؛ وأقلُّ أحوال رجوعه أنْ يكون شبهة، فسقط الحد بها.

ولأنه رجوع؛ فأشبه إذا كان إلى عذر.

ولأنه سبب لإتلاف نفس لحقِّ الله تعالى؛ فأشبه إذا قال المرتد: «ما ارتددت».

ولأنَّ ما يطرأ على الحدِّ قبل استيفائه بمنزلة الموجود في ابتدائه، ألَا ترى أنه لو ثبت فِسْق الشهود قبل حكم الحاكم لم يجب حدٌّ؛ فكذلك الجحود الطارئ يسقط الحدَّ، لأنه لو كان موجودا في الابتداء لم يجب به حدٌّ.

ولأنَّ الشهادة على ضربين:

منها: ما يَسقط [الحدُّ][1] بالرجوع عنها.

ومنها: ما لا يسقط.

فوجب أنْ يكون كذلك الإقرار.

ووجه قوله: إنه لا يُقبل:

قوله ﷺ: «مَن أصاب مِن هذه القاذورات شيئا فليستتر بستر الله تعالى، فإنه مَن يُبدِ لنا صفحته نُقم عليه كتاب الله»[2]، وهذا تنبيه على منع قَبول الرجوع؛ لأنه إذا أقرَّ فقد أبدى صفحته، فالإقامة عليه واجبة.

---

(1) في (ع): (الكفر)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) تقدم تخريجه (ص: 443).

فإنْ قيل: إذا رجع فلم تَبدُ صفحته، وإنما يكون كذلك إذا [أقام][1].

قيل له: هذا غلط؛ لأنه لو لم يرجع لكان قد أبدى صفحته، وبعدم الرجوع ليس هو مُبدٍ [الصفحة][2]، بل بالإقرار الأول.

وقوله ﷺ: «واغد يا أُنيس على امرأة هذا فإن اعترفت؛ فارجمها»[3]، ولم يقل: إلَّا أنْ ترجع.

ولأنه أقرَّ بحقٍّ على نفسه؛ فلم يقبل رجوعه، أصله: سائر الحقوق.

فإنْ قيل: سائر الحقوق لا تسقط بالشبه، وليس كذلك الزنى.

قيل: فالقَدْر الذي يستفاد مِن هذا: أنه إذا رجع إلى شبهة قُبل منه؛ فكذلك نقول.

ولأنَّ الزنى معنى يوجب القتل تارة ولا يوجبه أخرى، فإذا حصل الإقرار به لم يقبل الرجوع عنه، أصله: الإقرار بالقتل.

فأما قوله ﷺ لماعز -رضي الله عنه-: «لعلك لَمَسْت»؛ فلأنه استثبت عقله، وشكَّ في معرفته بالزنى، وليس ذلك لأنه لو رجع عن إقراره لقُبل رجوعه.

وقوله ﷺ: «هلا تركتموه»؛ معناه: لعله أنْ يرجع إلى عذر أو شبهة.

[وما][4] ادعوه مِن أنَّ رجوعه أبلغ مِن هربه؛ غير صحيح، لأنَّ هربه يكون

---

(1) في (ع): (قام)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) في (ع): (بالصفحة)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(3) رواه البخاري (6827) ومسلم (1697).

(4) في (ع): (أو ما)، والمثبت أليق بالسياق.

مع إقامته على الإقرار لحَرِّ العذاب، ورجوعه ليسقط عنه الحق الذي لزمه بإقراره.

وكذلك ما رُوي عن الصحابة -رضي الله عنهم- يحتمل الاستثبات؛ لأنَّ الحدود يُستظهر فيها ما لا يستظهر في غيرها.

وأما إذا رجع الشهود؛ فلأنه يسقط الحكم به في سائر الحقوق[1] لم يسقط حكمه؛ فكذلك في الزنى.

ولأنَّ الإقرار آكد في ثبوت ما يثبت به مِن الشهادة؛ لأنه يقبل مِن العدل والفاسق، ومِن النساء والرجال؛ فلا يجوز [17/و] [إذا][2] أثَّر الرجوع في الأضعف أنْ يؤثِّر في الأقوى.

وقولهم: «إنَّ أقلَّ أحوال رجوعه أنْ يكون شبهة»؛ فلم وجب هذا؟ وهل [هو][3] إلَّا ادِّعاء موضع الخلاف.

وأما إذا كان إلى عذر؛ فإنه يقبل لأنه ليس برجوع في الحقيقة، وإنما يتبيَّن به أنَّ إقراره لم يكن على وجه يلزم به الحدُّ.

فأما المرتد إذا قال: «ما ارتددت، ولست بمرتد في الحال»؛ فلأنَّا نطالبه بالرجوع لتقبل توبته؛ لأنَّ نفس الردة إذا رجع عنها لا يوجب عليه شيئا، إلَّا بأنْ يُقم[4] عليها؛ وهذا رجوع ونحن نطالب به، والزاني فالتوبة لا تُسقط الحدَّ عنه.

---

(1) كذا في (ع)، ولعل فيه سقطا.

(2) في (ع) ما صورته: (إذرا)، والمثبت أليق بالسياق.

(3) في (ع): (وهو).

(4) كذا في (ع).

وقولهم: «ما يطرأ على الحدِّ قبل استيفائه كالموجود في ابتدائه»؛ مُسلَّم، ولكن لا يُتصور هاهنا؛ لأنهم صوَّروه في جحود الزنى، وهو -لعمري- لو وُجد في الابتداء لم يجب الحدُّ، ولكن يجب أنْ يصوَّر جحدٌ بعد تقدم إقرار؛ وهذا لا يمكن تصويره.

وأما الفرق بين الشهادة والإقرار؛ فقد ذكرناه فيما تقدم، وبالله التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ويُقيم الرجل على أَمَته وعبده حدَّ الزنى إذا ظهر حَمْل أو قامت بينةٌ غيرُه؛ أربعةُ شهداء، أو كان إقرارٌ، ولكن إنْ كان للأَمَة زوج حرٌّ أو عبدٌ لغيره؛ فلا يُقيم الحدَّ عليها إلا السلطان).

قال القاضي:

أما جواز إقامة السيد الحدَّ على العبد والأمَة في الجملة؛ فهو قولنا، وقول الشافعي[1].

وقال أبو حنيفة: ليس ذلك له[2].

ودليلنا:

قوله ﷺ: «أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم»[3]، وهذا خِطاب للسادة.

---

(1) ينظر: التفريع (2/ 215)، والأم (7/ 340-342).

(2) ينظر: التجريد (11/ 5937).

(3) رواه أبو داود (4473) بإسناد ضعيف، وأصله في صحيح مسلم (1705) موقوفا على علي رضي الله =

وقوله ﷺ: «إذا زنت أمَة أحدكم [فليجلدها»[1]؛ الخبر][2]، ولا يجوز أنْ يُحمل على التعزير؛ لأنَّ إطلاق «الجَلد» في الشرع لا يفهم منه إلَّا الحدُّ، وسيما إذا قُرن بذكر الزنى.

ولأنه مالك [لرقبتها][3]؛ فأشبه الإمام.

ولأنَّ له أنْ يحدَّها بحقِّ الملك[4]؛ كالإمام.

فإنْ قيل: كل مَن لم يلزمه الحدُّ بقوله؛ لم يملك إقامته عليه، كالأجنبي.

قيل: لمَّا لم يملك الأجنبي تعزيره لم يملك إقامة الحدِّ عليه.

فإنْ قيل: مِلك التعزير لا يوجب ملك إقامة الحدِّ؛ لأنَّ الزوج يملك تعزير زوجته، ولا يملك إقامة الحدِّ عليها.

قيل: إنما يملك الزوج تأديبها فيما يتعلَّق بحقِّ نفسه ومصلحته، لا فيما يتعَّلق بحقِّ الله تعالى.

فإنْ قيل: فإنه حدٌّ يجب لحقِّ الله؛ فلم يملك السيد إقامته، كالقطع في السرقة.

قيل: إنما لم يملك ذلك؛ لأنه يتهم فيه، لأنَّ طريقه المُثلة، وذلك يوجب

عنه، وينظر البدر المنير لابن الملقن (8/ 627-628).

(1) رواه البخاري (6839) ومسلم (1703) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(2) في (ع): (فليجدها الحد)، والمثبت من شرح الرسالة للهسكوري [108/ ب] نقلا عن المصنف.

(3) في (ع): (لرقها)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(4) في الإشراف للمصنف (4/ 235): (يجبرها على النكاح بحق الملك)، وفي المعونة (3/ 1396): (يجلدها بحق الملك).

العتق عليه، فاتَّهم أنْ يكون مثَّل به، ثم قال: «إنما قطعته لأنه سرق» ليدفع عن نفسه إعتاقه عليه؛ فحسم الباب بمنعه منه، والجلدُ بخلاف ذلك.

فإنْ قيل: إقامة الحدِّ تحتاج إلى اجتهاد في تقدير السوط وصفة الضرب؛ فاحتاج إلى إمام.

قيل: يبطل بالتعزير، وبتأديب الزوج للزوجة، والله أعلم.

فصل:

فأما قوله: (إذا ظَهَر حَمْل أو قامت بذلك بيِّنة [سِواه][1])؛ فلأنَّ ذلك معنى يُقيم الإمام به الحدَّ؛ فكان للسيد إقامته به.

وذلك بخلاف أنْ يشهد هو؛ لأنَّ هذا يكون حكما بعلمه، وذلك ممنوع.

وكذلك إذا كان لها زوج حرٌّ أو عبد لغيره؛ لم يكن للسيد إقامة الحد، لأنَّ ذلك حكم على زوجها وإلحاق عارٍ به، وليس ذلك إلَّا للإمام، والله أعلم.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ومن عَمِل عمَل قوم لوط بذَكَر بالغ أطاعه رُجِمَا، أُحصنا أو لم يُحصنا).

قال القاضي:

هذا قول أصحابنا جميعا[2]، وقاله ابن شهاب[3].

---

(1) في (ع): (سواء)، والمثبت أليق بالسياق.

(2) ينظر: المدونة (4/ 485-486)، والنوادر والزيادات (14/ 268).

(3) ينظر: موطأ مالك (3046).

ورُوي عن علي بن أبي طالب -رضي الله عنه-[1].

وقال أبو حنيفة: «يعزَّر، ولا حدَّ عليه»[2].

وللشافعي قولان:

أحدهما: مثل قولنا.

والآخر: أنه إنْ كان محصَنا رُجم، وإنْ كان غير محصَن لم [يرجم][3]؛ اعتبارا بالزنى[4].

واستدلَّ أصحاب أبي حنيفة:

بأنَّ هذا الفعل ليس بزنى؛ فلم يجب به حدُّ الزنى.

ولأنه وطء مختلف في تسميته بأنه زنى؛ فأشبه الوطء في المتعة.

ولأنه وطء لا يستباح بعقد نكاح؛ كوطء البهيمة.

ولأنه وطء لا يجب به المهر [و/ 18] ولا الإحصان؛ فأشبه الوطء دون الفَرْج.

ودليلنا:

ما رَوى عِكْرمة عن ابن عباس -رضي الله عنهما-: أنَّ رسول الله ﷺ قال: «مَن وجدتموه عمِل عمَل قوم لوط؛ فاقتلوا الفاعل والمفعول به»[5].

---

(1) ينظر السنن الكبرى للبيهقي (17027).

(2) ينظر: شرح مختصر الطحاوي للجصاص (6/ 169).

(3) في (ع): (يرجما)، والمثبت أليق بالسياق.

(4) ينظر: الأم (8/ 471-472).

(5) رواه أبو داود (4462) والترمذي (1456) وابن ماجه (2561)، من طريق عمرو بن أبي عمرو عن عكرمة، به، بنحوه. وقال ابن حجر في التلخيص الحبير (6/ 2737): «استنكره النسائي».

ورُوي: «فارجموا الفاعل والمفعول به»[1].

ولا يجوز أنْ يحمل عليهما إذا استحلَّا؛ لأنَّ القتل حينئذ يتعلَّق بالكفر لا بالفعل.

ولأنه إيلاج في فَرْج آدمي فكان الرَّجم متعلقا به؛ أصله: المرأة.

ولأنه فَرْج مقصد الالتذاذ غالبا؛ كالقُبُل.

ولأنَّ الحدَّ في الزنى إنما وُضع ردعا وزجرا لئلا يعود إلى مثله، ووجدنا الطباع تميل إلى الالتذاذ [بإصابة][2] هذا الفرج غالبا كميلها إلى القُبُل؛ فوجب أنْ يتعلَّق به مِن الردع ما تعلَّق بالقُبُل.

ثُمَّ كان أشد حكما وأغلظ؛ لأنَّ الاستباحة لا تؤثِّر فيه على وجهٍ لحرمته، والقتل يتعلَّق به الاستباحة، فإذا وجب الحدُّ في القُبُل كان في هذا أولى.

فأما قوله: «إنه لا يسمى زنى»؛ فإنه سُمِّي هو والزنى: «فاحشة»؛ [فتعلَّق][3] الحدُّ بهما.

وقولهم: «إنه مختلف بتسميته بأنَّه زِنى»؛ يبطل بمَن وَطِئ امرأة على فراشه يظنها زوجته؛ فالحدُّ يلزمه عندهم، ويختلف في تسميته «زنى».

وأما البهيمة؛ فلأنه فَرْج لا حرمة له.

أو لا يتعلَّق القَوَد بِقتل شيء مِن جنسهم.

---

(1) رواه الحاكم في مستدركه (4/ 395)، من حديث أبي هريرة، وقال ابن حجر في التلخيص (6/ 2737): «إسناده أضعف مِن الأول بكثير».

(2) في (ع): (بإضافة)، والمثبت من الإشراف للمصنف (4/ 213).

(3) في (ع): (يتعلق)، والمثبت أليق بالسياق.

أو لأنَّ الحدَّ لا يتعلَّق بوطء [إناثهن][1] على وجه.

وما دون الفرج؛ لا يسمَّى وطئا على الإطلاق.

ولأنه ليس بمقصود.

ولأنه وطء في غير فَرْج، والله أعلم.

فصل:

فأما الكلام على الشافعي في تفريقه بين المحصن وغيره؛ فإنه [احتج][2] بأن قال: «لأنه فرج يجب بالإيلاج فيه الحدُّ فاختلف ذلك بالبكارة والثيوبة؛ كالمرأة».

فالجواب: أنَّ المعنى في المرأة أنها جنس لا يمنع حرمتها مِن استباحتها على وجه، وليس كذلك الغلام؛ لأنَّ حرمة تحريمه متأبدة، لا يتعلق بها استباحة على وجه، وبالله التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(وعلى القاذف الحر الحدُّ ثمانون، وعلى العبد أربعون [في القذف، وخمسون في الزنى][3]).

قال القاضي:

---

(1) في (ع) ما صورته: (انالهن)، والمثبت أليق بالسياق.

(2) في (ع): (احتيج)، والمثبت أليق بالسياق.

(3) زيادة من متن «الرسالة»، ومما سيأتي في الشرح.

أمَّا الحرُّ؛ فالأصل فيه: قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجۡلِدُوهُمۡ ثَمَٰنِينَ جَلۡدَةٗ﴾ [النور: 4].

وكذلك جلد عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- الثلاثة[1].

ولا خلاف في ذلك.

فأما العبد:

فذهب بعض نفاة القياس إلى أنَّ حدَّه في القذف ثمانون؛ كحدِّ الحر، ورُوي عن عمر بن عبد العزيز -رضي الله عنه-[2].

وروى مالك عن أبي الزناد قال: «جَلد عمر بن عبد العزيز -رضي الله عنه- في فريةٍ [ثمانين][3]»، قال أبو الزناد: «فسألت عبد الله بن عامر بن ربيعة عن ذلك فقال: أدركت عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان -رضي الله عنهما- والخلفاء هلُمَّ جرًّا؛ ما رأيت أحدا منهم جلد عبدا في فرية أكثر مِن أربعين»[4].

ثم الذي يدل عليه:

أنَّ فِعل الزنى أعظم مِن القذف به، فإذا كان حدُّ العبد في الزنى على النصف مِن حدِّ الحر؛ كان بأن يكون كذلك في القذف أولى.

ولأنه حدٌّ يمكن تبعيضه؛ فكان العبد فيه على النصف مِن الحر، أصله: حدُّ الزنى في الأَمة.

---

(1) تقدم تخريجه (ص: 450، 458).

(2) ينظر: الأوسط لابن المنذر (12/ 575) المحلى (11/ 162).

(3) في (ع): (ثمانون)، والمثبت من مصادر التخريج.

(4) الموطأ (3060).

أو نقول: فكان للرق تأثير في نقصانه؛ كالأمة في الزنى.

فأما قوله: (إنَّ حدَّه في الزنى خمسون)؛ فقد ذكرناه فيما تقدم[1].

والله أعلم.

مسألة

قال -رحمه الله تعالى-:

(والكافر يُحَدُّ في القذف ثمانين).

قال القاضي:

يعني الحرَّ؛ لعموم قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ﴾[النور: 4].

ولأنه حرٌّ قاذف فكان حدَّه ثمانين؛ كالمسلم.

ولأنَّ المسلم لمَّا كان حدُّه ثمانين مع عِظم حرمته على الكافر ونَقص الكافر عنه؛ كان الكافر أولى في التغليظ عليه، والله أعلم[2].

مسألة

قال -رحمه الله-:

(ولا حدَّ على قاذفِ عبدٍ ولا كافرٍ).

قال القاضي:

لا أعلم خلافًا في أنه لا حدَّ على قاذف الكافر؛ لأنَّه لا حرمة لهتك عرضه بالقذف.

---

(1) ينظر ما تقدم (ص: 433).

(2) نقله عن المصنف صالح الهسكوري في «شرح الرسالة» [109/أ].

ولأنَّ المسلم إنما لزم الحدُّ [على قاذفه][1] لإلحاق المعرَّة به، وما على الكافر مِن المعرَّة بكُفره زائدا على لحوق المعرَّة بقذفه.

ولأنَّ قاذفَه صادف عرضا مُتهتّكا؛ فلم يكن عليه شيء لهَتكه.

ولأنَّ الفاسق المِليَّ لا حدَّ على قاذفه؛ فالكافر أولى.

فأمَّا العبد:

فقولنا وقول فقهاء الأمصار: إنه لا حدَّ على قاذفه.

وقال بعض نفاة [القياس][2]: «على قاذفه الحد»[3]:

لعموم قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ﴾ [النور: 4].

ولأنه مسلم عفيف [و/ 19]؛ فأشبه الحر.

ودليلنا:

أنه ناقص بالرِّقِّ نقصا يمنع أنْ يُقاد بالحر المسلم؛ فلم يجب بقذفه حدٌّ، أصله: الكافر.

ولأنَّ حرمته ناقصة عن حرمة الحرِّ؛ ألا ترى أنه لا يقام عليه حدٌّ كامل.

والظَّاهر؛ شاهد لنا، لأنَّ الأمَة ليست بمُحصنة؛ لأنَّ مِن شرط الإحصان الحرية، والمعنى في الحر كمال حرمته.

والله أعلم.

---

(1) في (ع): (في قذفه)، والمثبت من شرح الهسكوري [109/ أ] نقلا عن المصنف.

(2) في (ع): (بالقياس)، والمثبت أليق بالسياق.

(3) ينظر: الأوسط (12/ 576-577)، والمحلى لابن حزم (11/ 271-272).

مسألة

قال -رحمه الله-:

(ويُحدُّ قاذف الصَّبِيَّة بالزنى إنْ كان مثلها يوطأ، ولا يحدُّ قاذف الصبي).

قال القاضي:

والفرق بينهما: أنَّ الصبية تلحقها المعرَّة بالقذف، [وإنْ لم تبلغ][1] مِن حيث تصلح للوطء، [ويشينها][2] ذلك عند الأزواج؛ فلذلك وجب الحدُّ على قاذفها.

والصبيُّ لا تلحقه معرَّة بذلك؛ لأنه لا يصحُّ[3] منه الزنى، ولا يراد منه الوطء قبل البلوغ، ألا ترى أنَّ وطأه لا حكم له.

وإن لم تلحقه المعرَّة بالقذف؛ فلا حدَّ على قاذفه.

فكان وجوب الحدِّ بالقذف تابعًا للمعرَّة قبل البلوغ وبعده.

والله أعلم.

مسألة

قال -رحمه الله-:

(ولا حدَّ على مَن لم يبلغ في قذفٍ ولا وطءٍ).

قال القاضي:

---

(1) في (ع): (وأول مبلغ)، والمثبت من شرح الهسكوري [109/ أ] نقلا عن المصنف.

(2) في (ع): (وتبيينها)، والمثبت من شرح الهسكوري.

(3) في شرح الهسكوري: (يصلح).

وهذا لأنه [لا][1] تكليفَ عليه ولا حكمَ؛ لقوله ﷺ: «رُفع القلم عن ثلاثة...»[2]؛ فذكر الصبي.

ولأنَّ وطأه ليس بزنى، والحد [إنما][3] يتعلق بالزنى، والله أعلم.

مَسْأَلَةٌ

قال:

(ومَن نفى رجلًا مِن نسبه فعليه الحدُّ).

قال القاضي:

هذا لأنه رامٍ لأبويه بالزِّنى، فلزمه [الحدُّ][4] بقذفه لهما.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(وَفِي التعريض الحدُّ).

قال القاضي:

هذا قول أصحابنا، وفقهاء المدينة[5].

وقال أبو حنيفة والشافعي: «لا حدَّ فيه»[6].

---

(1) زيادة من شرح الهسكوري [109/ ب] نقلا عن المصنف.

(2) تقدم تخريجه (ص: 319).

(3) في (ع): (وإنما)، والمثبت من شرح الهسكوري.

(4) في (ع): (الحذف)، والمثبت أليق بالسياق.

(5) ينظر: المدونة (4/ 494)، والنوادر والزيادات (14/ 338-339).

(6) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (6/ 204-205)، والأم (6/ 342).

وقال أصحاب الشافعي: «إلا أنْ يعترف[1] أنه أراد القذف»[2].

قالوا: لأن هذا التعريض يحتمل أنْ يريد به مدحَ نفسه، ويحتمل أنْ يكون أراد قذفَ الغير؛ فيلزمه الحدُّ.

والفعل إذا تعلق به حالان إحداهما توجب الحدَّ والأخرى تسقطه؛ كان الحكم للحال المسقِطة، كالأمَة بين الشريكين.

قالوا: ولأنَّ موضوع الشرع أنَّ التعريض يخالف حكمه حكم التصريح؛ فالخطبة في العدة ممنوع، والتعريض بها جائز.

قالوا: ولقوله ﷺ: «ألا ترون كيف عصمني الله -تبارك وتعالى- مِن قريش يسموني مذمَّما، وإنما أنا محمَّد»[3]؛ فأبطل حكم التعريض، فلو كان كالتصريح لكان غير معصوم منه.

ودليلنا:

أنه لفظ يُفهم منه القذف؛ فوجب أنْ يكون قذفًا، أصله: الصريح.

فإن قالوا: لا نسلِّم أنه يُفهَم منه القذف.

قلنا: لا خلاف بيننا أنه لو قال: «أردت به القذف» أنَّه يكون قذفًا؛ فلولا أنَّه يصحُّ أنْ يراد به وإلا لم يحكم بذلك عند اعترافه، ألا ترى أنه لو قال: «اسقني ماء»، وقال: «أردت به القذف» لم يكن قذفًا.

---

(1) في شرح الهسكوري [109/ ب] نقلا عن المصنف: (يُقِرَّ).

(2) ينظر: الحاوي الكبير (13/ 261-262).

(3) رواه البخاري (3533)، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

ولأنَّ المنع مِن ذلك:

إما أنْ يكون منعًا يُفهم القذف منه جملةً.

أو لتعلق الحدِّ به وإن فُهم منه القذف.

فالوجه الأول: مكابرة لا خفاء بها، ودفعٌ للعلم بما نجده مِن نفوسنا وأحوالنا؛ لأنا إذا رأينا رجلين يتسابان ويتشاتمان، وكل واحد يرمي صاحبه بالمَقابح ولا يُبْقِي عليه؛ فقال أحدهما للآخر: «الأبعد ابن الزانية»؛ فأجابه أنْ قال في مقابلته: «لعمري ما أنت بابن الزانية! وما [أمك إلا حُرَّة][1] عفيفة ما تُعرف أنها زنت».

هذا الكلام وما قارنه حَكَمَت النفوس بأنَّ المراد بهذا القول في تلك الحال مقابلته على ما قال، وأنَّ إيراد الكلام على مذهب التعريض أبلغ منه على التصريح، وكأنَّ المعرِّض أراد أنَّ الأمر أشهر مِن أنْ يصرَّح به.

وذلك أيضًا بيِّنٌ في غير القذف؛ أنَّ التعريض يفهم منه ما يفهم مِن التصريح وزيادة؛ ألا ترى أنَّ رجلا لو قال لرجل: «هذا الثوب الَّذي ابتعتَ غالٍ ثمنه، وما [تبصر في شراء][2] هذا المتاع شيئا».

فقال له في مقابلته -يقصد للرد عليه-: «ما ثوبك إلا رخيص الثمن، وما أنت إلا بصير بشراء المتاع، [حاذق][3] به»، يفهم منه ما يفهم مِن صريح قوله:

(1) في (ع) ما صورته: (املك الاخرة)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) في (ع) ما صورته: (يبصرني سرار)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(3) في (ع): (حادت)، والمثبت يدل عليه السياق.

«إنَّ ثوبك أغلى ثمنا، وإني أبصر منك بالشراء والبيع وأحذق».

وكذلك في القذف إذا قال له الآخر: «ولد زنى»؛ فقال: «وأنت لا يُطعَن في نسبك، ولا يمكن أنْ أقول فيك مثل ما قلت فيَّ»؛ يفهم منه: أنه قصد منه بأكثر ممَّا رماه به؛ بدلالة الحال وشاهدِ الأمارات والأسباب التي هي: الاستهزاء و[الطَّنْز][1] وتعويج الوجه.

وما يفرق به بين قول القائل: «لا إله إلا الله»، وإذا قصد به تعظيم الله تعالى وتسبيحه، وإذا قصد به التعجب، وإذا قصد التلهي بغيره.

فثبت أنَّ الجحد لهذا غير ممكن.

وإنْ كانوا يقولون: «إنه يفهم منه القذف ولكن لا يتعلق الحكم بالصريح»:

فدلَّلنا عليه بأنْ نقول:

لأنَّ كل لفظ فُهِم منه القذف تعلق به حكمه، أصله: الصريح.

وروى مالك عن أبي[2] الرجال عن أمه عَمرة بنت عبد الرحمن [قالت][3]: إنَّ رجلين استبَّا في زمن عمر بن الخطاب -رضي الله عنه-؛ [فقال أحدهما للآخر: والله ما أبي بزان، ولا أمي بزانية، فاستشار في ذلك عمر بن الخطاب][4] فقال قائل: مدح أباه وأمَّه، وقال آخرون: قد كان لأبيه وأمه مدح سوى هذا،

---

(1) في (ع): (الطير)، والمثبت أليق بالسياق، و«الطنز»: السخرية.

(2) في (ع): (ابن أبي)، والمثبت من مصادر التخريج.

(3) في (ع): (قال)، والمثبت أليق بالسياق.

(4) زيادة من مصادر التخريج.

نرى أنْ يُجلد الحدَّ؛ فجلده عمر -رضي الله عنه- ثمانين[1].

فأما قولهم: «إنه يحتمل أن [يريد][2] المدح والقذف، فغلب الإسقاط».

فجوابه: أنَّه إن احتمل لم نخالِف، وإنما الكلام إذا قارنته مِن دلالة الحال [ما][3] ينتفي معه الاحتمال.

فإن قالوا: الصيغة موضوعة للمدح.

قلنا: قد تُنْقل بالمقصد إلى ضد ما وُضِعت له، والتعريض أيضًا مِن كلام العرب؛ لأنهم قد يرون التعبير عن غرضهم باللفظ الموضوع لهذه أولى.

فإن قالوا: صِفوا هذه القرائن النافيةَ عنه الاحتمال.

قلنا: لا يُمكن العبارة عنها؛ كما لا يمكن التعبير عن قصد الإنسان بقوله: «سلام عليكم» آلتحية أو [الطَّنْز والهزل][4]؛ لأنه أمر يعرف بالمشاهدة.

وعلى أنَّ هذه أوان ركوبه في النظر؛ فلا يقدرون على الانفكاك منه فيما بينهم، لأن الذي يحملهم عليه نصرة المذهب.

وقولهم: «حكم التعريض يخالف حكم التصريح»؛ فذلك في مواضع، كما قد يوافقه في مواضع؛ بدليل أنه في مسألتنا ممنوع، وإن كان في العدة مباحا.

---

(1) رواه مالك في الموطأ (3064).

(2) في (ع) ما صورته: (رؤية)، والمثبت مما تقدم.

(3) في (ع): (إنما)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(4) في (ع) ما صورته: (الطير والمزل)، والمثبت أليق بالسياق.

والمراد بالخبر: أنه عُصم مِن أنْ يصرحوا باسمه، وإلا فقد علم أنه الذي قصدوه [بالسب][1]؛ إلا أنه نُزِّه عن أنْ يصرَّح به، وبالله التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ومَن قال لرجل: «يا لوطي» حُدَّ).

قال القاضي:

هذا قولنا وقول الشافعي[2].

وعند أبي حنيفة: لا حدَّ عليه[3].

ويشبه أنْ يكون بناه على أصله في أنَّ اللواط لا حدَّ فيه.

ودليلنا:

أنَّه رماه بفاحشة موجبة للحدِّ والغُسل؛ فكان قاذفا، كالزنى.

ولأنَّ اللواط أَدخل في إيجاب الحدِّ والفسق مِن الزنى؛ لأنه جنس لا يستباح بوجه، فكان أولى بحكم القذف.

ولأنه رماه بوطء آدمي لا تصح استباحته إياه؛ فصار كأنه قال: «يا زانيا بأمه أو بأخته»، [فلزمه][4] الحد.

---

(1) في (ع): (بالسبب)، والمثبت أليق بالسياق.

(2) ينظر: المدونة (4/ 486)، والمهذب للشيرازي (3/ 347).

(3) ينظر: الأصل (7/ 209).

(4) في (ع): (لزمه)، والمثبت أليق بالسياق.

وروى أصحابنا عن علي بن أبي طالب -رضي الله عنه- في مَن قال لرجل: يا لوطي، قال: «عليه الحد»[1].

قالوا: ولا نعلم له مخالفا.

فإن قيل: هذا لفظ محتمل؛ فلم يجب فيه حدٌّ.

قيل له: ليس ذلك بمحتمل، بل هو عبارة عن إتيان الذكور، كما أنَّ الزنى عبارة عن إتيان النساء على وجه يحرم؛ فهو تصريح لا تعريض.

وعلى أنَّه لو ثبت كونه تعريضا لم يضر؛ لِأَنَّا نحدُّ في التعريض.

[**فإن**][2] **قيل:** يحتمل أنْ يكون أراد أنه على دين قوم لوط، فيكون [راميا][3] له بالكفر، والرمي بالكفر لا حدَّ فيه.

قيل له: هذا إنْ ثبت كان أَدخل في الشر؛ لأنه إنْ أراد أنه على دين قوم لوط تضمَّن ذلك الكفر وإتيانَ الذُّكور؛ فصار كأنه قال له: أنت تأتي الذكور استحلالا ودينًا، فيكون عليه الحد للقذف، والتعزير لرميه إياه بالكفر؛ فالسكوت عن الاعتذار له بهذا أنفع.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله تعالى-:

(ومَن قذفَ جماعةً فحدٌّ واحد يلزمه لمن قام به منهم، ثم لا شيء عليه).

---

(1) لم أجد من خرجه فيما بين يدي من مراجع.

(2) في (ع): (فإنه)، والمثبت أليق بالسياق.

(3) في (ع): (زانيا)، والمثبت أليق بالسياق.

قال القاضي:

وهذا كما [قال][1]؛ إذا قذف جماعة لزمه حدٌّ واحد لجميعهم، فمن استوفاه منهم سقط عنه؛ إلا أنْ يقذف بعد الحدِّ.

وبه قال أبو حنيفة[2].

وقال الشافعي: «عليه لكل واحد حدٌّ منفرد»[3].

والذي يدل على ما قلناه:

قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجۡلِدُوهُمۡ ثَمَٰنِينَ جَلۡدَةٗ﴾ [النور: 4]؛ فأوجب برمي الجميع حدًّا واحدا؛ فلم يجب زيادة عليه.

ولأنه حدٌّ مِن حدود الله تعالى موجبه واحدٌ؛ فوجب إذا تكرَّر ولم يُقَم أنْ يُجزئ مرَّةً واحدة؛ أصله: الزنى.

ونفرض الكلام في القذف بلفظٍ واحد؛ فنقول:

لأنه قذف واحدٌ؛ فلم يجب به إلا حدٌّ واحد، أصله: إذا كان المقذوف واحدا. [و/ 21]

فإن قيل: إنَّ الله تعالى أوجب لرمي كل محصنة حدًّا؛ فوجب ألَّا فرق بين لفظ واحدٍ والألفاظ مفترقة، وبين أنْ يُحدَّ أو لا يُحدَّ.

قيل له: ليس الأمر كذلك؛ لأنَّ الظاهر يوجب أنَّ الرمي لجميعهم يقتضي

(1) زيادة يقتضيها السياق.

(2) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (6/ 225).

(3) ينظر: مختصر المزني (ص: 343)، والحاوي الكبير (13/ 256-257).

حدًّا واحدًا، فقام الدليل على أنَّه إذا حُدَّ ثم رَمَى مِن بعدِه وجبَ حدٌّ آخر، فصرنا إليه.

فإن قيل: لأنه حصل راميًا لمحصنة؛ فوجب أنْ يلزمه لها حدٌّ، أصله: إذا حدَّ للأولى.

قيل له: إذا حُدَّ للأولى؛ لم يمكن أنْ يستوفي لهذه الثانية حقها بذلك الحد الأول، ويحتاج مِن زوال المعرَّة عنها إلى مثل ما احتاجت إليه الأولى، وليس كذلك إذا لم يحدَّ؛ لأنَّ المعرَّة تزول عن جميعهم بحدٍّ واحد.

فإن قيل: إنَّ حدَّ القذف حقٌّ لآدمي؛ فوجب أنْ لا يتداخل، [اعتبارًا][1] بالأموال، وبذلك فارق الزنى.

قيل له: هذا ينتقض بمن قَذَف امرأتَه [برجل][2] فلاعنها؛ فإنَّ عندكم: أنَّ [حدَّ][3] الرجل يسقط [وينوب][4] اللعان عن الجميع، وبالله التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ومَن كرَّر شرب الخمر أو الزِّنى فحدٌّ واحد في ذلك كلِّه، وكذلك مَن قذف جماعة).

---

(1) في (ع): (اعتبارنا)، والمثبت من الإشراف للمصنف (3/ 523).

(2) في (ع): (رجل)، والمثبت من الإشراف.

(3) في (ع): (حق)، والمثبت من الإشراف.

(4) في (ع): (ويتوب)، والمثبت أليق بالسياق.

قال القاضي:

وهذا لأنَّ الحدود إذا كانت مِن جنس واحد تداخلت؛ كالأحداث إذا كانت مِن جنس[1].

ويبين ذلك:

أنَّ الزنية الثانية لو وردت وقد حُدَّ للأولى لاستؤنفت لها حدٌّ؛ فهي كالإيلاجة الثانية.

ثم قد ثبت أنَّ تكرُّر الإيلاج لا يوجب حدودا مستأنفة؛ كذلك الزنية الآخرة، وكذلك تجرع الكأس جرعة بعد جرعة واستئناف كأس آخر.

مسألة

قال -رحمه الله-:

(ومَن لزمه حَدٌّ وقَتْلٌ؛ فالقتل يجزئ مِن ذلك، إلا في القذف فليُحدَّ [قبل يُقتل][2]).

قال القاضي:

الكلام في هذه المسألة مِن وجوه:

أحدها: أنَّ حقَّ الله تعالى مقدَّم على حقِّ الآدميِّين، فإذا اجتمع قَوَدٌ وقتلُ حدٍّ؛ قُتِل بالحدِّ ونَاب عنِ القَوَد، وكذلك قطعُ قصاصٍ وقطعُ سرقةٍ في عضو

---

(1) زاد الفاكهاني في «التحرير والتحبير» (6/ 48): «كالأحداث إذا تكررت إنما يجب عن جميعها طهر واحد؛ لأنه حصل بالنقض».

(2) في (ع): (قتل فقتل)، والمثبت من متن «الرسالة».

واحد، فكذلك إذا اجتمع قتلُ حدٍّ وقصاصٌ فيما دون النَّفْس؛ قُتل بالحدِّ وسَقط القصاص.

والموضع الآخر: أنَّ الحدودَ إذا اجتمعت مع القتل؛ سقطت [الحدود](1) بالقتل.

والثالث: أنَّ حدَّ القذف مستثنى؛ فلا يسقط بالقتل، بل يُحَدُّ ثم يقتل.

فأما الدلالة على وجوب تقديم حقوق الله تعالى على حقوق الآدميين مِن القصاص في النفس وما دونها:

[فلأنها](2) آكد منها؛ لِمَا ذكره مالك؛ وهو أنَّ حقوق الآدميين تسقط بالإبراء، وحقوق الله تعالى لا تسقط بذلك؛ فكان تقديمها أولى لتأكُّد وجوبها.

ولسنا نريد بالتأكيد أكثر مِن أنَّ أحد الواجبين لا يطرأ عليه ما يبطله، والآخر قد يطرأ عليه ما يبطله.

ولأنَّ صاحب الحق يصل إلى غرضه؛ لأنَّ مَن قَتل لرجلٍ وليًّا وزنى وهو مُحصَن فإنَّ غرضه القتل، وهو يصل إليه إذا قُتل رجمًا.

وكذلك في اجتماع القَوَد في اليد وقطع السَّرقة، فاختلاف المقاصد في ذلك لا يؤثر.

ولأنَّ مَن قَطع يدَ غيره وقَطعُه واجبٌ للسرقة؛ فليس يخلو:

(1) زيادة من شرح الهسكوري [110/ أ] نقلا عن المصنف.

(2) في (ع) ما صورته: (فكانها)، والمثبت أليق بالسياق.

أنْ يكون السَّرق كان منه قبل قَطعه يد [الغير][1]، أو بعده.

فإن كان قبله: فقد زاحمه ما هو أولى منه، ولم يكن على الجاني دية ولا غيرها؛ لإمكان استيفاء الحق مِن محل الجناية، فهو بخلاف ما لو كانت يده مقطوعة.

وإن كان بعده: فكأنَّ يدَ القاطع تلفت بعد الجناية بأمر مِن الله تعالى، وذلك يُسقط حقَّ المجروح.

فإن قيل: إنَّ حقوق الله تعالى تسقط بالشُّبَه، وبرجوع المقرِّ، وبالتوبة قبل المقدرة في الحرابة، وحقوقُ الآدميِّين لا تسقط مع هذه الأمور.

قيل له: لا يعترض هذا علينا؛ لأنَّا إنما رجَّحنا بين حقوق وجبت واستقر وجوبها، وإذا كانت هناك شبهة فلم يجب حدٌّ، وكذلك إنما يرجع عن إقراره؛ فليس هناك حدٌّ.

وإنما رجَّحنا بين مُحارِبٍ أُخذ محاربًا، وسارقٍ قامت عليه البينة فاستُحقت يده واستقر ذلك عليه.

فإن قيل: إنَّ حقوق الله تعالى تسقط أيضًا بالعفو، ولكن إذا كان ممَّن له العفو.

قيل له: إنما أردنا أحكام الدنيا مِن الحدود والقطع؛ أنَّ العفو لا يُسقط حدَّ الزنى والسَّرق، فأما في الآخرة فخارجًا[2] عما نحن فيه.

---

(1) في (ع): (العبد)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) كذا في (ع).

وعلى أنَّ عند مخالفنا أنَّ حقوق الآدميين قد تسقط بالشُّبه؛ لأنَّ عَمْد الخطأ لا قَوَد فيه، وقتل الأب لابنه لا قصاص فيه عنده.

فإن قيل: فقد [و/22] ثبت أنه لو كان عليه دَين لآدمي وكفارات وزكوات؛ لقدِّم ديْن الآدمي على جميع ذلك.

قيل له: أما الزكاة فإن الدَّيْن يسقطها عن العَين، وأما في الماشية فهي مقدَّمة على دَين الآدمي، فأما الكفارات فلها أبدال؛ فيُنظر فرضُ المُكفِّر، فإن كان غنيًّا ففرضه المال، وإنْ كان فقيرا ففرضه الصيام؛ وليس هذا مما نحن فيه.

فإن قيل: فلسنا نتفق على أنه لو مات وترك مالا وعليه دين فإنَّ الوارث لا يملك معه شيئا، ولو كان عليه زكاة أو كفارات لمَلَك الوارث المال؟

قيل له: هذا التأكُّد موجود في حقوق الآدميين؛ لأنَّ الوصايا والتدبير كل ذلك لا يمنع ملك الوارث.

وعلى أنَّا إذا علمنا أنَّ الزكاة عليه لم يفرط في إخراجها؛ كان ذلك عندنا مقدما على الميراث، مِثل أنْ يَقدم عليه مال لم يؤدِّ زكاته، أو يموت صبيحة الفطر.

فإن قيل: فكيف مذهبكم فيه إذا مات ولم يحجَّ وترك مالا؟

قيل له: لا يُحَجُّ عنه؛ لأنَّ فرض الحج متعلقٌ على البدن دون المال، كما يسقط فرضه مع العجز حال الحياة، إلا أنْ يوصي بذلك، فينفذ للاختلاف.

فإن قيل: فقد قال ﷺ: «ادرؤوا الحدود بالشبهات»[1].

---

(1) قال ابن كثير في تحفة الطالب (ص193): «لم أر هذا الحديث بهذا اللفظ، وأقرب شيء إليه ما رواه الترمذي (1424) عن عائشة، قالت: قال رسول الله ﷺ: «ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله، فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في =

قيل له: إذا كانت شبهة درأنا بها الحدود، ولكنها معدومة.

والله تعالى أعلم.

فصل:

والذي يدل على أنَّ ما دون القتل يدخل في القتل:

أنَّ الحدود إنما جُعلت ردعًا مع البقاء، فإذا تلفت النفس فلا معنى لِما يردعه؛ إذ العَود منه في ذلك الجُرم مأمون.

ولأنَّ ما دون [القتل عبادة صغرى، والقتل عبادة كبرى فوجب دخول أحدهما في الآخر إذا كان المقصد بهما واحدا؛ كغسل الجنابة والوضوء.

ولا يلزم عليه حدُّ القذف، لأنَّ الذي له يُراد غير موجود في سائر الحدود، ولأنه يُراد لزوال المعرَّة عن المقذوف؛ وذلك لا يَسقط بغيره.

ولأنه قد ثبت تداخل الحدود مِن جنس؛ فجاز أنْ تتداخل مِن جنسين.

فإن قاسوه على حدِّ القذف؛ فالمعنى في ذلك: تعلق حق الآدمي به مع اختلاف المقاصد بهما.

فصل:

والذي يدل على أنَّ حدَّ القذف لا يسقط بالقتل هو][1]:

العقوبة» قال: وروي موقوفا وهو أصح» اهـ وقال الترمذي في العلل الكبير (ص: 228): «سألت محمدا عن هذا الحديث فقال: يزيد بن زياد الدمشقي منكر الحديث ذاهب»، وينظر التلخيص الحبير لابن حجر (6/ 2740).

(1) ما بين معقوفين زيادة من (ع).

أنَّ [حدَّ][1] القذف حقٌّ[2] [لآدمي][3] يُكسبه عارا لا يزول بالقتل، فلم يسقط به؛ لأنَّ في ذلك سقوط حقِّ الآدمي المقذوف.

ونحن إنما نُوجب التداخل إذا كان الَّذي له يراد الأصغر داخلا في الأكبر.

يُبيِّن ذلك: أنَّ مَن قطع [يد][4] رجل وقتل آخر، فإنَّ غرض المقطوع اليد التشفي، وهو يصل إلى أكثر ما أراده[5] بالقتل؛ فلا معنى لقطعه ثم قتله.

وليس كذلك القذف؛ لأنه لا يصل [المقذوف] إلى غرضه الذي هو زوال المعرَّة عنه بتكذيب قاذفه إلا بأنْ يحدَّ [القاذف]؛ ففي التداخل إسقاط لحقِّه.

فإن قيل: فما الفرق بين حدِّ الزنى [والشرب] حين قلتم: إنهما لا يتداخلان:

فلو زنى وهو غير محصن فلم يجلد حتى [شرب]؛ فعليه حدَّان.

وأنه إنْ زنى وقذَف؛ فعليه حدَّان.

وإن قذَف وشرب؛ فعليه حدٌّ واحد.

قلنا: الفرق بين ذلك:

أنَّ الحدَّ في القذف والزنى واجب عن شيئين مختلفين [فلم][6] يتداخلا؛

---

(1) في (خ): (حق)، والمثبت من (ع).

(2) في (ع): (حد).

(3) في (خ): (لازم)، والمثبت من (ع).

(4) طمس في (خ)، في مواضع متعددة، والمثبت من (ع)، ووضعناه بين معقوفين دون تكرار التنبيه.

(5) في (ع): (يريده).

(6) في (خ): (فلا)، والمثبت من (ع).

وذلك لأنَّ حدَّ الزنى وجب للزنى، وفي القذف لزوال المعرَّة عن المقذوف، فأحدهما لا يسقط الآخر، لأنَّ جلده في الزنى لا [يُسقط] المعرَّة عن المقذوف.

وليس كذلك في القذف والشرب؛ لأنَّ موجبهما [واحد؛ وهو] أنَّ الحدَّ وجب في الشرب لأنه يؤدي إلى القذف، على ما تقرر الأمر عليه بين الصحابة [مِن أنه: «إذا] شرب سَكر، وإذا سكر هذى، وإذا هذى افترى؛ فنرى أنْ نجلده حدَّ المفتري»[1]، فكان في معنى مَن كرر القذف، فوجب عليه حدٌّ واحد، والله أعلم.

مسألة

قال -رحمه الله-:

(ومَن شرب خمرًا أو نبيذًا مُسكِرًا حُدَّ ثمانين؛ سَكِرَ أم لم يَسْكَرْ، ولا سِجْن عليه).

قال القاضي أبو محمد -رحمه الله-:

اعلم أنَّ الخمر المجمع على [تحريمها هي] عصير العنب النَّيء الذي لم تمسَّه النار، وقد اشتد وأطْرَب.

فلا خلاف في تحريم ذلك، ووجوب الحد على شاربه.

فأما ما عداه:

(1) يأتي تخريجه (ص: 515).

فعندنا أنَّ كل شراب أسكر كثيره فإنَّ جميعه حرام، مِن جميع أنواع الأشربة.

ويتعلق الحدُّ بنفس شربه [و/23] مِن غير اعتبار بحصول السُّكر عند القدر المتناول منه، سواء كان مِن العنب أو التمر أو البُسر أو الذرة أو الشعير أو العسل أو أي شيء كان، نيِّئًا كان أو مطبوخا، بعد أنْ يكون مُشتدًّا مُطرِبا مُسكرا.

فهذه الجملة قولنا، وقول الشافعي[1].

وقال أبو حنيفة: «كل شراب كان مِن غير العنب والتمر والزبيب فإنَّ شربه جائز، وإن كان يُسكر [كثيره]، ولا حدَّ في شربه»[2].

فأمَّا التمري والزبيبي:

فإنْ كان ممَّا مسته النار فشُربه مباح، والحدُّ فيه بالسُّكر.

وإن كان لم تمسَّه النار ولكنه يُسكر[3]؛ فعنده أنَّه حرام، ولكن لا يتعلق الحدُّ فيه إلا بالسكر.

ففرَّق بين الحد والتحريم؛ بأنْ جعل الحدَّ متعلقا [بالسُّكر]، وجعل التحريم بالقليل والكثير.

وأما العنب إذا أسكر شرابه؛ فعنده أنه على ضربين:

---

(1) ينظر: التفريع (1/ 322)، والأم (7/ 366).

(2) ينظر: مختصر القدوري (ص: 204).

(3) في (ع): (مسكر).

إنْ كان مطبوخًا قد ذهب ثلثاه وبقي ثلثه فإنَّ شربه مباح، فالحدُّ يتعلق بالقدر[1] المُسكر منه.

وإن كان الباقي أكثر مِن ثلثه وقد مضى منه دون الثلثين؛ فشُربه حرام، ولكن لا يتعلق الحدُّ إلا بالقدر[2] المُسكر منه[3].

وأما ما لم تمسَّه النار فصار مشتدا مطربا؛ فهو الخمر الذي لا خلاف بين المسلمين في تحريمها، قليلها وكثيرها، وتعلُّق الحدِّ بها.

وقد حُكي عنهم اختلاف في صفة [الطبخ:

فمنهم مَن قال]: حتى يذهب الثلثان.

ومنهم مَن قال: النصف.

ومنهم [من قال: الثلث.

ومنهم][4] مَن قال: ما [يقع][5] عليه اسم الطبخ.

والكلام في هذه المسألة[6] مِن وجهين:

[**أحدهما**: أنْ] نُثبت أنَّ اسم الخمر يتناول كل شراب مسكر؛ وإذا ثبت ذلك فلا قول إلا [قولنا].

---

(1) في (ع): (بقدر).

(2) في (ع): (بقدر).

(3) ينظر: مختصر القدوري (ص: 204).

(4) طمس في (خ)، والمثبت بمعناه من المبسوط للسرخسي (24/ 35).

(5) طمس في (خ) في مواضع متكررة، والمثبت من (ع).

(6) في (ع): (المسألتين).

والثاني: أنْ نقيم الدلالة [على] تحريم هذه الأشربة المسكرة [مِن غير حاجة إلى تناول] اسم الخمر لها.

ونحن نقدِّم -أولا- الأصل في تحريم الخمر، ثم نُعقبه بما ذكرناه.

والأصل في تحريم الخمر:

الكتاب والسنة وإجماع الأُمة.

فأما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلْخَمْرُ وَٱلْمَيْسِرُ وَٱلْأَنصَابُ وَٱلْأَزْلَٰمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ ٱلشَّيْطَٰنِ فَٱجْتَنِبُوهُ﴾ [المائدة: 90].

ففي هذا الظاهر أدلة:

أحدها: أنه قال: ﴿فَٱجْتَنِبُوهُ﴾؛ فالأمر على الوجوب.

والثاني: إنما سمَّاه: «رجسا»، والرجس: نجس.

والثالث: أنه أخبر بأن ذلك ﴿مِّنْ عَمَلِ ٱلشَّيْطَٰنِ﴾، وذلك تنبيه على منعه؛ لأن عمل الشيطان يجب اجتنابه.

والرابع: أنه قال: ﴿لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾، وذلك تنبيه على أنَّ في تركه صلاحا، وأنَّ في فعله فسادا وإثما.

والخامس: إخباره بما لَه منع منها بقوله: ﴿إِنَّمَا يُرِيدُ ٱلشَّيْطَٰنُ﴾ الآية [المائدة: 91]؛ فدل على أنَّ ما أدى إلى هذه الأشياء محرم.

والسادس: قوله عقيبه: ﴿فَهَلْ أَنتُم مُّنتَهُونَ﴾ [المائدة: 91]؛ وهذا أبلغ ما يكون مِن الزجر والتهديد واستدعاء الكف عن الفعل.

وقوله: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْخَمْرِ وَٱلْمَيْسِرِ ۖ قُلْ فِيهِمَآ إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَٰفِعُ لِلنَّاسِ

﴿وَإِثْمُهُمَآ أَكْبَرُ مِن نَّفْعِهِمَا﴾ [البقرة: 219]؛ فغلَّب حكم الإثم، وأخبر بأنه يُوفي على النفع؛ فدلَّ على التحريم.

وقيل: في قوله تعالى: ﴿قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّيَ ٱلْفَوَٰحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ وَٱلْإِثْمَ﴾ [الأعراف: 33]، إنما[1] يعني به الخمر؛ لأنها تسمى إثما.

ومنه قول الشاعر:

شَرِبْتُ الإِثْمَ حَتَّى ضَلَّ عَقْلِي كَذَاكَ الإِثْمُ يَذْهَب بالعُقُولِ[2][3]

وقول الآخر:

نَشْرَبُ الإِثْمَ بِالنَّهَارِ[4] جِهَارًا وَنَرَى النُّسْكَ[5] بَيْنَنَا مُسْتَعَارَا[6]

فأما السنة:

فقوله ﷺ: «مَن شَرب الخمر في الدنيا لم يشربها في الآخرة»[7].

وقوله: «مَن مات سكرانَ منها سقاه الله مِن طينة الخبال، وهو صديد أهل النار»[8].

---

(1) في (ع): (أنه).

(2) في (خ): (بالعقول)، والمثبت من (ع).

(3) ينظر: الزاهر للأنباري (2/ 21).

(4) في الزاهر: (بالصواع).

(5) في الزاهر: (المُتْك).

(6) ينظر الزاهر للأنباري (2/ 21).

(7) رواه البخاري (5575) ومسلم (2003).

(8) روى مسلم (2002) من حديث جابر مرفوعا: «كل مسكر حرام، إن على الله -عزَّ وجلَّ- عهدا لمن يشرب المسكر أن يسقيه من طينة الخبال»، قالوا: يا رسول الله، وما طينة الخبال؟ قال: «عرق أهل النار» أو «عصارة أهل النار».

وقوله: «لُعن في الخمر[1] عشرة ...» فذكر: «شاربها وعاصرها ومعتصرها وبائعها ومشتريها وحاملها والمحمولة إليه»[2].

وحديث أنس: «إنَّ منادي رسول الله ﷺ نادى: «إنَّ الخمر قد حرمت»؛ فقمت إلى الظروف وهي ملأى فأرقتهن[3]»[4].

[وأما الإجماع][5]:

فمعلوم ضرورة مِن دين الأُمة تحريمها، إلا ما يُحكى عن قوم مِن المُجَّان [والملاحدة والمتلاعبين][6] بالدين.

ويتعلَّقون بشيء [و/ 24] يذكر عن عمرو بن مَعْدِي كَرِب لا يساوي ذكره[7].

فإذا ثبت هذا:

فالطريق في تثبيت كون هذه الأشربة خمرا [شيئان][8]:

---

(1) في (ع): (الخمرة).

(2) رواه أبو داود (3674) وابن ماجه (3380)، من حديث ابن عمر، بنحوه. قال ابن عبد الهادي في تنقيح التحقيق (4/ 88): «وإسناده حسن وقال شيخنا أبو العباس: هو حديث جيد».

وروواه الترمذي (1295) وابن ماجه (3381) من حديث أنس، بنحوه، وقال الترمذي: «حديث غريب من حديث أنس، وقد روي نحو هذا عن ابن عباس وابن مسعود وابن عمر عن النبي ﷺ».

(3) في (ع): (فأرقتها).

(4) رواه البخاري (5582) ومسلم (1980) بنحوه.

(5) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(6) في (خ): (والمتلاحدة المتلاعبين)، والمثبت من (ع).

(7) ينظر: الحاوي الكبير للماوردي (13/ 384).

(8) في (خ): (سيان)، والمثبت من (ع).

أحدهما: الأخبار.

والآخر: القياس.

فأما الأخبار:

فحديث النعمان بن بشير: أنه صعد المنبر بالكوفة، فقال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إنَّ مِن العنب خمرا، وإنَّ مِن الزبيب خمرا، وإنَّ مِن التمر خمرا، وإنَّ مِن العسل خمرا، وإنَّ مِن الشعير خمرا؛ أنهاكم عن كل مسكر»[1].

ورَوى أبو هريرة [رضي الله عنه]، قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «الخمر مِن هاتين الشجرتين: العنب والنخلة»[2].

فأثبت شراب التمر خمرا.

ورَوى ابن عمر، قال: قال رسول الله ﷺ: «كل مسكر حرام، وكل مسكر خمر»[3].

وعندهم: أنَّ نبيذ التمر لا يكون خمرا بحالٍ، أسكر أو لم يسكر.

وحديث مالك عن إسحاق بن عبد الله [بن أبي طلحة][4] عن أنس، قال:

---

(1) رواه أبو داود (3676) (3677) والترمذي (1872)، من طريق إبراهيم بن مهاجر عن الشعبي عن النعمان بن بشير، به، بمعناه، وقال الترمذي: «حديث غريب»، ثم أسنده من طريق الشعبي عن عمر من قوله، وقال: «هذا أصح من حديث إبراهيم بن مهاجر».

(2) رواه مسلم (1985).

(3) رواه مسلم (2003 [72-75]).

(4) زيادة من (ع)، وهي في مصادر التخريج.

«كنت أسقي أبا عبيدة [بن الجراح][1] وأبا طلحة [الأنصاري][2] وأُبيَّ بن كعب شرابا مِن فَضِيخٍ[3] وتمرٍ، فأتاهم آتٍ، فقال: «إنَّ الخمر قد حرمت»؛ فقال أبو طلحة: قُم يا أنس إلى هذه الجرار فاكسرها، قال أنس: فقمت إلى مهراس لنا فضربتها بأسفله حتى تكسرت»[4].

ورُوي مثل ذلك -أعني تسمية هذه الأشربة خمرا- عن عمر وابنه وأبي موسى ومَعْقِل بن يَسَار[5].

وأما القياس:

فهو أنَّا إذا علمنا أنَّ العرب إنما سمَّتها خمرا لوجود الإسكار والشدة المطربة، ولم يوافقونا على أنَّ ذلك مقصور على جنس دون غيره؛ [وجب إجراء][6] هذه العلة حيث وجدت؛ وعلمنا أنها علة بالطريق الذي به تُعلم العلل، وهو وجود الحكم بوجودها وارتفاعه بارتفاعها.

ألا ترى أنَّ العصير قبل اشتداده لا يسمى خمرا، وإن اشتد سُمي بذلك، فإذا زالت الشدة وصار خَلًّا [زالت][7] التسمية؛ فعُلم أنَّ ذلك هو العلة،

---

(1) زيادة من (ع)، وهي في مصادر التخريج.

(2) زيادة من (ع)، وهي في مصادر التخريج.

(3) شراب يتخذ من البسر المفضوخ -أي: المشدوخ المضروب- من غير أن تمسه النار. [تاج العروس (7/ 321)]

(4) رواه مالك في الموطأ (3133)، ومن طريقه البخاري (5582)(7253) ومسلم (1980[9]).

(5) ينظر: الأشربة لأحمد بن حنبل (ص: 69-79)، والسنن الكبرى للبيهقي (8/ 501-514).

(6) في (خ) و(ع): (وجواب آخر أنَّ)، والمثبت من المعونة للمصنف (1/ 710).

(7) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

فوجب تعليق الاسم بها حيث وجدت.

فأما الطريقة الأخرى، وهي الكلام في تحريم ذلك مِن جهة الأخبار:

فالذي يدل عليه وُرود النقل المستفيض:

فَرَوى مالك عن ابن شهاب عن أبي سلمة عن عائشة، أنَّها قالت: سألت رسول الله ﷺ عن البِتْع، فقال: «كل شراب أسكر فهو حرام»[1].

ورَوى أبو بردة عن أبي موسى، قال: سألت النبي ﷺ عن شراب العسل؛ فقال: «ذلك البِتْع»، قلت: وينتبذون مِن الشعير والذرة؟ قال: «ذلك المِزر»، ثم قال: «أَخْبر قومك أنَّ كل مسكر حرام»[2].

ورَوى حمَّاد بن زيد عن أيوب عن نافع عن ابن عمر، قال: قال رسول الله ﷺ: «كل مسكر خمر، وكل مسكر حرام»[3].

فإنْ قيل: التعلق بهذه الأخبار لا يصح؛ لأنَّ قوله: «كل مسكر[4]»، «وكل شراب أسكر» إنما يتناول القدر الذي يحصل عنده الإسكار؛ فأما القليل الذي لا يسكر؛ فليس بمسكر، ونحن كذلك نقول.

فعن هذا أجوبة:

أحدها: أنَّ قوله: «كل مسكر»، و«كل شراب أسكر» إشارة إلى الجنس،

---

(1) رواه مالك في الموطأ (3128)، ومن طريقه البخاري (5585) ومسلم (2001 [67]).

(2) رواه البخاري (4343)(4344) (6124) ومسلم (1733 [70])، وفيه أن تسمية ووصف «البتع» «والمزر» من قول أبي موسى، واللفظ الذي ذكره المصنف رواه أبو داود (3684).

(3) رواه مسلم (2003 [73]) عن طريق أبي الربيع وأبي كامل عن حماد بن زيد، به، بمثله.

(4) في (ع) زيادة: (حرام).

كما يقال: «الخبز [مُشْبِع][1] والماء مُرْوٍ»، لا[2] يشار إلى قدر منه دون قدر، وإنما يشار إلى الجنس، كأنه قال: «كل شراب [يحصل][3] منه الإسكار»، وهذا لا يختص بقدر دون قدر.

والثاني: أنه سئل عن البِتْع والذرة والشعير؛ فقال: «كل مسكر حرام».

فقلنا نحن: معناه: كل جنس أسكر.

وقالوا: كل مقدار مِن الجنس أسكر.

وأيُّ ذلك كان؛ فإنه يقتضي تحريم النبيذ المتخذ مِن الذرة والشعير.

وهم يقولون: ليس بحرام أصلا، سواء أسكر أو لم يسكر، قليله وكثيره.

والثالث: أنه ﷺ أطلق تحريمه، فقال: «كل شراب أسكر فهو حرام»، ولم يقل: «على شاربه دون غيره»؛ فاقتضى ذلك أنْ يكون حراما على الإطلاق، على كل أحد.

وهم يقولون: «إنَّ مقدارا مِن الشراب إذا أسكر زَيْدا كان حراما عليه غير حرام على عَمرو؛ لأنه لا يسكره»، فيجب على قدر قولهم أنْ يكون مفهوم الخبر: كل شراب حصل [عنده][4] إسكار فإنه حرام على كل أحد.

فيسقط اعتراضهم مِن هذه الوجوه.

---

(1) في (خ): (يشبع)، والمثبت من (ع).

(2) في (ع): (ولا).

(3) في (خ): (يصل)، والمثبت من (ع).

(4) في (خ): (عند)، والمثبت من (ع).

ويدلُّ [و/ 25] **على ما قلناه -ابتداء وجوابا-:**

ما رَوى محمد بن المُنْكَدر عن جابر، قال: قال رسول الله ﷺ: «ما أسكر كثيره؛ فقليله حرام»[1].

ورَوى القاسم بن محمد عن عائشة، قالت: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «كل مسكر حرام، وما أسكر الفَرَق[2] منه فملء الكف منه حرام»[3].

ولأنه شراب يسكر كثيره؛ فوجب أنْ يحرم قليله، كالخمر.

أو لأنه شراب محرَّم كثيره؛ فكذلك قليله، كالخمر.

ولأنه إجماع الصحابة:

فَروى مالك عن ابن شهاب عن السائب بن يزيد أنه أخبره: أنَّ عُمر خرج عليهم فقال: «إني وجدت مِن فلان ريح شراب، فزعم أنه شرب الطِّلاء،

---

(1) رواه أبو داود (3681) والترمذي (1865) وابن ماجه (3393)، من طريق داود بن بكر بن أبي الفرات عن محمد بن المنكدر به، بلفظه، وقال الترمذي: «هذا حديث حسن غريب من حديث جابر»، وقال الألباني في إرواء الغليل (8/ 43): «له طرق وشواهد كثيرة»، وقال الزيلعي في نصب الراية (4/ 301): «روي من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، ومن حديث جابر، ومن حديث سعد بن أبي وقاص، ومن حديث علي، ومن حديث عائشة، ومن حديث ابن عمر، ومن حديث خوات بن جبير، ومن حديث زيد بن ثابت»، وقال صالح بن الإمام أحمد في مسائله (212): «سألته عمن قال: لا يصح حديث فيما روي: «ما أسكر كثيره فقليله حرام»، ما يكون قوله؟ قال: هذا رجل مُغل».

(2) الفَرَق: بالتحريك: مكيال يسع ستة عشر رطلا، وهي اثنا عشر مدا، أو ثلاثة آصع عند أهل الحجاز. ينظر: معجم مقاييس اللغة لابن فارس (4/ 495)، والنهاية لابن الأثير (3/ 437).

(3) رواه أبو داود (3687) والترمذي (1866)، من طريق أبي عثمان الأنصاري، عن القاسم بن محمد، به، بنحوه، وقال الترمذي: «حديث حسن».

وأنا[1] سائل [عما][2] شرب، فلئن كان يسكر[3] جَلدته»؛ فجَلده عُمر الحدَّ تاما[4]، وليس يخلو:

أنْ يكون جلده لأنه شرب خمرا.

أو لأنه شرب مسكرا.

فبطل أنْ يكون حدَّه لأنه شرب خمرا؛ لأن الخمر تُسكر، ولم يسأل عُمر شارب الشراب هل جنسه مسكر أم لا؟

ولو كان شَرِب خمرا لم يحتج أنْ يسأل هل سكر أم لا؟ لأنَّ الحدَّ يتعلق في الخمر بنفس الشرب لا بالسُّكر؛ فبطل أنْ يكون حدَّه لأنه سكر، لأنه أراد أنْ يسأل هل ذلك الشراب مسكر أم لا؟

فثبت أنه حدَّه لأنه شرب مسكرا.

وقد قدَّمنا عن الصحابة مِن تسميتهم لِما يُعمل مِن التمر والزبيب والذرة والشعير خمرا ما لا مخالف لهم عليه؛ فدل على ما قلناه.

واحتجَّ مَن خالفنا:

بقوله تعالى: ﴿وَمِن ثَمَرَٰتِ ٱلنَّخِيلِ وَٱلْأَعْنَٰبِ تَتَّخِذُونَ مِنْهُ سَكَرًا وَرِزْقًا حَسَنًا﴾ [النحل: 67]، والسَّكَر: ما يُسكِر، والرِّزق الحسن: سائر الأطعمة والأشربة

---

(1) في (ع): (وإني).

(2) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(3) في (ع): (سكر).

(4) رواه مالك (3116)، ومن طريقه النسائي (5708)، وقال ابن حجر في فتح الباري (10/ 65): «سنده صحيح».

سِوى ما يُسكر؛ لتقع فائدة الفرق.

فالجواب:

أنه قد رُوي عن ابن عباس وغيره[1]: أنَّ «السَّكَر»: الخمر المحرمة، وأنَّ ذلك نزل وقت تحليلها[2].

وعلى أنَّ أبا عبيدة قال: «السَّكر: ما يتخذ منه الطعام والشراب»[3].

وعلى أنه اسم مجمل يقع على ما قالوه، وعلى ما قاله أبو عبيدة.

وهو مُوحَّدٌ لا يُدعى فيه العموم، لأنه نكرة في إثبات.

قالوا: وفي حديث أبي موسى لمَّا بعثه النبي ﷺ إلى اليمن، قال: «إنَّ لهم شرابا بين بِتْع ومِزْر»؛ فقال ﷺ: «اشربوا ولا تَسكَروا»[4].

وهذا غير صحيح.

والحديث الصحيح عن أبي موسى ما ذكره أبو داود أنه ﷺ قال له في شراب العسل: «ذلك البِتع»، وفي شراب الذرة والشعير: «ذلك المِزر، وأخبر قومك أنَّ كل مسكر حرام»[5].

على أنَّ معنى قوله: «فاشربوا[6] ولا تسكروا» أي: لا تشربوه إذا أسكر؛

---

(1) ينظر: تفسير الطبري (14/ 275) فما بعده.

(2) في (ع): (تحليله).

(3) ينظر: تهذيب اللغة للأزهري (10/ 35).

(4) لم أجد مَن خرَّجه فيما بين يدي من مراجع.

(5) رواه أبو داود (3684)، ورواه البخاري (4343)(4344) (6124) ومسلم (1733 [70])، وفيه أن تسمية ووصف «البتع» «والمزر» من قول أبي موسى غير مرفوع.

(6) في (ع): (اشربوا).

لأنه لا يجوز أنْ ينهاهم عن السُّكر وليس مِن فعلهم.

فإن قيل: معناه: لا تشربوا ما تسكرون عنده[1].

قيل: هذا ترك للظاهر، وإذا ساغ لكم ذلك ساغ لنا حمله على ما قلناه.

قالوا: وروى ابن عباس أنَّه ﷺ قال: «حُرِّمت الخمر بعينها[2]، والسَّكَرُ[3] مِن كل شراب»[4]؛ ففَصَل بين تحريم الجنس وتحريم السكر، وجعل تحريم الجنس مقصورًا على الخمر وَحْدها، وتحريم السكر فيما عداها.

وهذا صحيحه أنْ يقال: إنه موقوف على ابن عباس، وليس مِن طريقٍ يوثق به.

وقد رُوي مِن غير طريق عن ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قال: «كل مسكر حرام»[5].

وفي بعض رواياته: «حرِّمت الخمر بعينها[6]، والمُسكِر مِن كل شراب»[7].

على أَنَّا إذا اتفقنا على أنَّ السكر نفسه لا يصح أنْ يتناوله التحريم؛ لم يبق له

---

(1) في (ع): (منه).

(2) في (ع): (لعينها).

(3) قال البيهقي في الخلافيات (7/ 172): «والحديث عند الحفاظ: «السَّكَر من كل شراب» بفتح السين والكاف، والمراد به: المسكر عند أهل اللغة»، وفي رواية للنسائي (5686): «وما أسكر من كل شراب».

(4) رواه النسائي (5683-5686) من طرق عن عبد الله بن شداد عن ابن عباس، موقوفا، قال ابن حجر في الدراية (2/ 251): «أخرجه الدارقطني من وجهٍ مرفوعا، ثم قال: الصواب موقوف».

(5) ينظر: مسند أحمد (2625)، المعجم الكبير للطبراني (10927).

(6) في (ع): (الخمرة لعينها).

(7) ينظر: الخلافيات للبيهقي (7/ 172-173).

تأويلٌ سوى ما قلناه، وتكون فائدة نصِّه على الخمر أنها هي المقصودةُ بذلك، والنهايةُ في جنسها؛ فكأنه قال: هي حرام، وكل شراب يشاركها في السُّكر.

فإن قالوا: المسكر[1] هو القدر الذي يحصل عنده الإسكار.

قلنا: قد أبنَّا عن بطلان هذا فيما سلف، وقلنا: إنَّ السكر واقع عقيب الجميع، وأنَّ ذلك كقولهم: «الخبز مُشبِع والماء مُرْوٍ»؛ ولو جاز أنْ يقال في مَن شرب عشرة أقداح فسكر عند العاشر: إنَّ العاشر هو الذي أسكره دون ما تقدَّمه؛ لجاز أنْ يقال في المُتخِم مِن الطعام: إنه اللقمة الآخرة دون ما تقدَّمه، وكذلك المُرْوِ مِن الماء هو آخر جزء وصل[2] إلى المعدة دون [و/ 26] ما تقدمه؛ وهذا باطل.

فثبت أنَّ وصف الشراب بأنه مُسكر إشارة إلى الجملة والجنس.

قالوا: وروى [أبو][3] مسعود: أنه ﷺ طاف بالبيت فعطش، فجيء بنبيذ مِن سقاية العباس [فشمَّه][4] فقطَّب[5]، ثم دعا بماء مِن زمزم فشجَّه[6] ثم

(1) في (ع): (السكر).

(2) في (ع): (يصل).

(3) في (خ) و(ع): (ابن)، والمثبت من مصادر التخريج.

(4) في (خ) ما صورته: (فشه)، ثم استدركت إلى: (فشرب منه)، ولم ترد الكلمة في (ع)، والمثبت من مصادر التخريج.

(5) في (ع): (فقطب منه)، قال في النهاية (4/ 79): أي: قبض ما بين عينيه كما يفعله العبوس، ويخفف ويثقل.

(6) شجَّ الخمر بالماء: مزجها. [النهاية لابن الأثير (2/ 445)].

شربه، وقال: «إذا شربتم هذه الأنبذة فشجُّوها بالماء»[1].

فالجواب: أنه يجوز أنْ يكون قطَّب[2] لحموضته، ولذلك كسره بالماء.

وأما أنبذتُه فكانت حلوة تعمل له غدوة فيشربها عشية، وقيل: اليوم والغد، ثمَّ[3] يأمر به فيُراق.

ذكر ذلك ابن عباس[4] وعائشة[5] في وصف أنبذتِه.

ويبيِّن ذلك: حديث أبي موسى: أنه ﷺ أُتي بنبيذٍ حين نَشَّ[6] فقال: «اضرب بهذا الحائطَ[7]؛ فإنَّ هذا شرابُ مَن لا يؤمن بالله ولا باليوم الآخر»[8]؛

---

(1) رواه النسائي (5703)، من طريق يحيى بن يمان عن الثوري عن منصور عن خالد بن سعد عن أبي مسعود، بمعناه، وقال: «هذا خبر ضعيف؛ لأنَّ يحيى بن يمان انفرد به دون أصحاب سفيان، ويحيى بن يمان لا يحتج بحديثه لسوء حفظه وكثرة خطئه».

(2) في (ع): (منه).

(3) قوله: (ثم) ليس في (ع).

(4) كما في صحيح مسلم (2004 [83]).

(5) كما في صحيح مسلم (2005).

(6) كذا في (خ) و(ع)، وفي مصادر التخريج: (بنبيذ جرٍّ ينشُّ).

(7) في (ع): (الحارة).

(8) رواه البيهقي في الكبرى (17435)، من طريق الأوزاعي عن محمد بن أبي موسى عن القاسم بن مُخيمِرة عن أبي موسى به، بنحوه، وقال الذهبي في المهذب (7/ 3445): «سنده منقطع».

وله شاهد من حديث أبي هريرة عند أبي داود (3716) والنسائي (5704) وابن ماجه (3409)، وقال النسائي بعد روايته: «وفي هذا دليل على تحريم السكر قليله وكثيره، وليس كما يقول المخادعون لأنفسهم بتحريمهم آخر الشربة وتحليلهم ما تقدمها الذي يشرب في الفرق قبلها، ولا خلاف بين أهل العلم أن السكر بكليته لا يحدث على الشربة الآخرة دون الأولى والثانية بعدها، وبالله التوفيق».

لأنَّ «النَّشّ» هو الغليان، وذلك علامة الاشتداد.

قالوا: ولأنه شراب لا يفسق شاربه، ولا يكفر مستحِله؛ فلم يكن حراما، كالعصير.

وهذا غير مسلَّم؛ لأنَّ شاربه عندنا يفسق، ويبطل بنقيع التمر والزبيب، وبالمُنَصَّف[1]، وما دخله طَبْخ يسير.

ولأنَّ نفي التكفير لا يمنع التحريم؛ كنكاح المتعة وغيره.

وكذلك شرب أبوال ما يؤكل لحمه عندهم، وبالله التوفيق.

فصل:

إذا ثبت تحريم كل مُسكِر فعلى شاربه الحدُّ؛ اعتبارا بالخمر، لأنَّ النبي ﷺ حَدَّ في الشَّراب، وكذلك الصحابةُ بعده.

ولا خلاف في ذلك.

فصل:

فأما ترك اعتبار [الإسكار][2] في ذلك فلأنَّ الحد يتعلق بنفس الشرب؛ اعتبارا بالخمر، لأنَّ النبي ﷺ حدَّ في الشراب.

ولأنه إذا دلَّ تحريم هذه الأشربة على تحريم الخمر، وجُعل طريقها واحدا؛ وجب تساوي أحكامها.

---

(1) المنصَّف كمعَظَّم؛ الشراب يطبخ حتى يذهب نصفه. [تاج العروس (24/ 413)]

(2) في (خ): (الإشكال)، والمثبت من (ع).

فصل:

فأما قوله: (إنَّ الجَلْد في الخمر ثمانون).

فهذا قولنا وقول أبي حنيفة[1].

وقال الشافعي: «أربعون»[2].

لِما رُوي: أنَّ رسول الله ﷺ ضَرب في الخمر أربعين، وكذلك أبو بكر وعمر صدرًا مِن خلافته[3].

ولأنَّ ذلك إذا ثبت لم يجز رفعه بإجماع[4] يحدث بعده؛ لأنَّ ذلك يكون نسخا، والإجماع لا يقع به النسخ.

ودليلنا:

إجماع[5] الصحابة؛ لأن ذلك مروي عن عمر وعثمان[6] وعلي وعبد الرحمن ابن عوف[7] وابن مسعود وابن عباس وأبي موسى الأشعري؛ ولا مخالف لهم في الصحابة مع انتشار الأمر وظهوره.

فروى مالك عن ثور بن زيد الديلي: أنَّ عُمر استشار في الخمر يشربُها الرجل؟ فقال عليٌّ: نرى أنْ نجلده ثمانين؛ فإنه إذا شرب سكر، وإذا سكر

(1) ينظر: المدونة (4/ 523)، وشرح مختصر الطحاوي للجصاص (6/ 377).

(2) ينظر: الحاوي الكبير (13/ 412).

(3) رواه مسلم (1707[38])، وينظر الخلافيات للبيهقي (7/ 203).

(4) في (ع): (إجماع).

(5) في (ع): (اجتماع).

(6) ينظر: صحيح مسلم (1707)، والسنن الكبرى للبيهقي (17539).

(7) ينظر: السنن الكبرى للبيهقي (17534).

هذى، وإذا هذى افترى -أو كما قال-؛ فجلد عُمر من[1] الحدِّ ثمانين[2].

وروى الشعبي عن علي قال: «حد الخمر ثمانون»[3].

وعن عبد الله: «أنه أُتي برجل شرب خمرا في رمضان فضربه ثمانين، وعزَّره عشرين»[4].

ورُوي مثله عن ابن عباس[5] وأبي موسى[6].

ولأنه حدٌّ مِن الحدود، وليس في الأصول حدٌّ يلزم الحُرَّ دون الثمانين؛ لأنَّ الحدود التي هي الجلد في الأصول لها عددان: إما مائة أو ثمانون، وذلك حدُّ الزنى والقذف، فيجب ألا يخرج الحد في الخمر عن هذين، فنقول:

لأنه حدُّ جلد فلم ينقص للحر عن ثمانين؛ أصله: حد القذف والزنى.

أو فوجب أنْ يزاد على الأربعين؛ أصله: ما ذكرناه.

---

(1) في (ع): (في).

(2) رواه مالك في الموطأ (3117)، به، بمثله، قال ابن حجر في فتح الباري (12/ 69): «وهذا معضل، وقد وصله النسائي في الكبرى والطحاوي من طريق يحيى بن فليح عن ثور عن عكرمة عن ابن عباس مطولا»، وقال ابن حزم في الإحكام (7/ 162): «وأما المتصلان فمن طريق يحيى بن فليح ابن سليمان وهو مجهول البتة، والحجة لا تقوم بمجهول»، وقال الذهبي في المهذب (7/ 3467): «لا أعرف ابن فليح».

(3) رواه ابن أبي شيبة (28983)(28990)، وابن المنذر في الأوسط (9272) من طريق حصين عن الشعبي عن الحارث الأعور عن علي، ورواه ابن أبي شيبة (28997) من طريق مجالد عن الشعبي عن علي.

(4) رواه ابن أبي شيبة (28693)، من طريق الأسود بن هلال عن عبد الله بن مسعود.

(5) ينظر: مصنف ابن أبي شيبة (28995).

(6) ينظر: مصنف ابن أبي شيبة (29003).

فأما ما رووه: فلم يكن مِن النبي ﷺ على وجه التقدير والتحديد، بل وَكَله إلى الأُمَّة بعده.

يبيِّن ذلك: أنه لو كان هناك حدٌّ مُقدَّر لم تكن الصحابة بعده تخالفه، ولا أنْ تشاور في تعزيره وتقديره.

وأما أبو بكر فلم يكن الإجماع استقر في وقته، فرأى في الوقت بأنْ يفعل كما فعل النبي ﷺ، إلى أنْ يتقرَّر له مِن بعدُ ما يعمل عليه.

وقد روى هشام عن قتادة عن أنس: أنَّ النبي ﷺ جلد في الخمر بالجريد والنِّعال، وجلد أبو بكر أربعين، فلمَّا ولِي عُمر دعا الناس، وقال: «إنَّ الناس قد دنوا من الريف فما ترون؟ فقال عبد الرحمن بن عوف: نرى أنْ تجعله[1] أخف الحدود؛ فجلد فيه ثمانين»[2].

وما ذكروه مِن النَّسخ: فإنما كان يُمنع لو كان العرف متقررا، فأما ما لم يكن متقرِّرا فلا يكون نسخًا.

على أنَّ هذا يلزم فيما رُوي: «أنه ضرب بالنعال والثياب»، وبالله التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ولا سِجْنَ عليه).

---

(1) في (ع): (نجعله).

(2) رواه مسلم (1706)، من طرق عن هشام بمثله، ورواه البخاري (6776) من طريق مسلم بن إبراهيم عن هشام، به، مختصرا إلى قوله: «جلد أبو بكر أربعين».

قال القاضي -رحمه الله-:

وهذا لقوله ﷺ: «مَن شرب الخمر فاجلدوه»[1]، ولم يذكر سجنًا.

ولأنَّ الصحابة أجمعت على وجوب الجلد، ولم يُنقل عنها شيء في السجن؛ فدل على أنه غير واجب.

ولأن أصله الذي أُخذ عنه وشُبِّه[2] به: حدُّ القذف، وذلك لا سجن فيه؛ وكذلك في الخمر، والله أعلم.

مسألة

قال -رحمه الله-:

(ويجرَّد المحدود، ولا تجرَّد المرأة إلا مما يقيها الضرب، ويجلدان قاعدين[3]).

قال القاضي أبو محمد عبد الوهَّاب -رحمه الله-:

حُكي عن أبي حنيفة والشافعي: أنه يُضرب في الحدود والتعزير مجرَّدًا، إلا في حدِّ القذف فإنه يُضرب وعليه ثيابه[4].

---

(1) رواه أبو داود (4482-4485) والترمذي (1444) والنسائي (5661) (5662) وابن ماجه (2572) (2573)، وينظر نصب الراية للزيلعي (3/ 346) والسلسلة الصحيحة للألباني (1360).

(2) في (ع): (ويشبَّه).

(3) في (ع): (قاعدان).

(4) ينظر: شرح مختصر الطحاوي للجصاص (6/ 203)، أما الشافعية فقال في الحاوي الكبير (13/ 436): «فأما ثيابه؛ فلا يجرد منها، وتترك عليه لتواري جسده، وتستر عورته إلا أن يكون فيها ما =

وعن الثوري: أنَّ الرجل يضرب قائما، وأنَّ المرأة تضرب قاعدة[1].

فالكلام في هذه المسألة في ثلاثة فصول:

أحدها: في التجريد.

والثاني: في تساوي الحدود كلها في صفة الضرب.

والثالث: في أنَّ القيام غير مُستحَقٍّ.

فأما التجريد: فالدليل عليه:

قوله تعالى: ﴿فَٱجۡلِدُوهُمۡ ثَمَٰنِينَ جَلۡدَةً﴾ [النور: 4]؛ وذلك يوجب مباشرة أبدانهما بالجلد.

ولأنَّ ذلك إجماع أهل المدينة.

وذكر مالك -رحمه الله-: أنَّ العمل عندهم عليه.

ومثل هذا لا يكون إلا توقيفًا؛ لأنَّ القياس لا مجال له في صفةِ الحدِّ.

ولأنه حدُّ جلد؛ فوجب تجريد الرجل فيه، أصله: حدُّ الزنى.

ولأنَّ في ذلك إتلاف مال -وهو ما يكون عليه مِن الثياب-، وذلك غير مستحق في الحد[2] لغير ضرورة، ويفارق موضع العورة والمرأة[3]؛ لأنَّ ذلك لضرورة.

يمنع من ألم الضرب كالفراء والجباب المحشوة، فتنزع عنه، ويترك ما عداها مما لا يمنع ألم الضرب».

(1) ينظر: الأوسط لابن المنذر (12/ 473).

(2) في (ع): (الجلد).

(3) في (ع): (للمرأة).

فإن قيل: إنَّ حد القذف هو أخفُّ الحدود؛ لأنه عوقب بردِّ شهادته على التأبيد، فلذلك خُفِّف عنه أمر التجريد.

قيل له: ومِن أين قُلتَ إنه أَخفُّ الحدود؟!

وهلا علمت انتقاض هذا بالتعزير -عندك- [وإن][1] لم تسمه حَدًّا؟!

ومَن يوافقك على أنْ ترد شهادة القاذف بتأبيد؟!

فإن قيل: لأنه شخصٌ حُدَّ في قذفٍ؛ فلم يجب تجريده، كالمرأة.

قيل له: هذا اعتبار فاسد؛ لأن منعَ تجريد المرأة ليس [لمعنى][2] يرجع إلى اختلاف ما يوجب عليها الحدَّ مِن كونه زنًى أو قذفًا؛ لأنَّ جلدها في سائر الحدود على صفة واحدة بمعنى يختص بها، وهو كونها عورة؛ فكانت كموضع العورة مِن الرَّجل.

وأما تساوي الحدود:

فلتسوية الظاهر بين جميعها، لقوله [تعالى]: ﴿فَٱجۡلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٖ مِّنۡهُمَا مِاْئَةَ جَلۡدَةٖ﴾ [النور:2]، وقوله تعالى: ﴿فَٱجۡلِدُوهُمۡ ثَمَٰنِينَ جَلۡدَةٗ﴾[النور:4]؛ وذلك يقتضي أنْ تتساوى أحكامها.

ولأنها حدود؛ فوجب أنْ تتساوى في الضرب وصفته لتساويهما في الجنس.

ولأنَّ ذلك إجماع مِن أهل المدينة، وليس طريقه الاجتهاد؛ فوجب أنْ يكون حجة.

---

(1) في (خ): (فإن)، والمثبت من (ع).

(2) في (خ): (بمعنى)، والمثبت من (ع).

وأما سقوط وجوب القيام:

فلأنَّ الظاهر لم يُذكر فيه؛ فلا تجوز الزيادة بغير دلالة.

ولأنَّ القيام زيادة في الألم؛ فلا يستحق إلا بدليل.

ولأنه شخص وجب حدُّه؛ فلم يُستحَقَّ عليه القيام، كالمرأة[1].

فإن قيل: المرأة عورة، وإقعادها أستر لها.

قيل له: القدر الذي يقتضيه كونها عورةً أنْ يفرَّق بينها وبين الرجل في السَّتر وترك التجريد، فأمَّا في زيادة الألم ونقصانه؛ فلا.

فإن قيل: إنَّ الجلد[2] يقع على الأعضاء كلها؛ فالقيام أمكن.

قيل له: ليس كذلك؛ لأنَّه لا يكون عندنا إلا على الظهر فقط.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ولا تحد الحامل[3] حتى تضع).

قال القاضي -رحمه الله-:

هذا لقوله ﷺ للغامديَّة: «اذهبي حتى تضعي»[4].

ولأنَّ في ذلك إتلاف [غير][5] الجاني وهو الحمل[6]، وذلك لا سبيل إليه،

(1) في (ع): (كالحرة).

(2) في (ع): (الحد).

(3) في (ع): (حامل).

(4) رواه مسلم (1695).

(5) في (خ): (عين)، والمثبت من (ع) وشرح الهسكوري [111/ أ] نقلا عن المصنف.

(6) في شرح الهسكوري: (وهو الولد).

لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ [الأنعام: 164].

ولأنه لمَّا جاز للحامل الإفطار خوفًا على حملها مِن الضرر الذي يلحقه بصومها؛ كان ذلك في الحدِّ أولى.

ولا خلاف في ذلك أعلمه.

فرع:

قال القاضي [الجليل] أبو محمد -رحمه الله-: وإذا وضعت:

فإن كانت بِكرًا؛ لم تُجلد حتى تخرج مِن نفاسها.

وإن كانت ثَيِّبًا؛ لم تؤخَّر لتخرج مِن نفاسها.

والفرق بينهما: أنَّ البكر حدها الجلد، والمريض إذا خِيف عليه لم يُجلد حتى يبرأ مِن مرضه [و/ 28]؛ لأنَّ ذلك يؤدي إلى إتلافه، والنِّفاس مرض مِن الأمراض؛ فوجب أنْ يؤخر إلى أنْ يزول عنها.

وليس كذلك الثيب؛ لأنَّ حدها الرجم فلا فائدة في الانتظار بها[1]؛ لأنَّ أمرها يؤدي إلى التَّلف، وإنما الانتظار لِيُؤمَن التَّلف، ولا يُتصوَّر ذلك في الثيب.

فرعٌ:

وهذا إذا وُجد للولد مَن يُرضعه ويقوم بكفالته، فإن لم يوجد له مَن يرضعه أُخِّرت إلى أنْ يوجد له مَن يرضعه أو تفطمه.

وحكى أصحابنا عن أبي حنيفة أنه قال: ترجم، ولا ينتظر بها رضاع الصبي؛ اعتبارا بالبكر.

---

(1) في (ع): (للانتظار إليها).

ولأن الضرر يزول عن الصبي بانفصاله عنها؛ فلا معنى لتأخيرها[1].

وهذا غير صحيح؛ لِما رُوي في قصة الغامديَّة: أنها لمَّا جاءت إلى النبي ﷺ قال[2]: «اذهبي حتى تضعي»، ثم رجعت بعد أنْ وضعت؛ فقال: «اذهبي حتى ترضعيه»، ثم جاءت؛ فقال: «حتى تفطميه أو تجدي مَن يتكفَّل به»؛ فقالت: إني أخاف أنْ يأتيني الموت ولم أطهر؛ فقال: «التمسي مَن يكفله»؛ فتكفل به أبو بكر وعمر؛ فقال: «أمينان»، فأمر بها فرُجمت[3].

ولأنه[4] لمَّا منع رجمها قبل الوضع للضرر على الولد؛ فكذلك بعد الوضع إذا لم يوجد مَن يرضعه، ولا فرق بين الضرر الداخل عليه بالتَّلف أو ما دونه.

واعتبارُهم بالبكر؛ لا يصح، لأنه لا يُخاف على الصبي بجلدها.

ولا معنى لقولهم: «إنَّ الضرر يزول عن الصبي بانفصالِه عنها»؛ لأنه إنْ عُلم ذلك لم تُؤخَّر، وإذا لم يوجد مَن يرضعه خِيف عليه التلف.

والله أعلم.

---

(1) في (ع): (لتأخرها).

(2) في (ع) في المواضع كلها: (فقال لها).

(3) رواه مسلم (1695) بنحوه وفيه: «قال: «اذهبي فأرضعيه حتى تفطميه»، فلما فطمته أتته بالصبي في يده كسرة خبز، فقالت: هذا يا نبي الله قد فطمته، وقد أكل الطعام، فدفع الصبي إلى رجل من المسلمين».

(4) في (ع): (ولأنها).

مسألة

قال -رحمه الله-:

(ولا مريض مُثْقَل).

قال القاضي -رحمه الله-:

وهذا لأنَّ المريض يخاف عليه التلف متى جُلد؛ فوجب تأخيره، لأنَّا لم نؤمر بإتلافه، إنما أُمرنا بحدِّه[1]؛ فوجب أنْ لا يُفعل به مِن ذلك ما يؤدِّي إلى التلف.

مسألة

قال -رحمه الله-:

(ولا يقتلُ واطئ البهيمة، ويعاقبُ[2]).

قال القاضي -[رضي الله عنه]-:

وهذا كما قال: مَن أتى بهيمة عوقب ولا حدَّ عليه ولا قتل، ولا تقتل البهيمة، وتؤكل إن كانت مما يؤكل.

هذا قولنا وقول أبي حنيفة[3].

وحُكي عن الأوزاعي: أنَّ عليه الحد[4].

---

(1) في (ع): (بجلده).

(2) في (ع): (وليعاقبْ).

(3) ينظر: التفريع (2/ 217)، وشرح مختصر الجصاص للطحاوي (6/ 175-176) وفيه: «وتذبح البهيمة ولا تؤكل إذا كانت له».

(4) ينظر: مختصر اختلاف العلماء للطحاوي (3/ 304).

ولأصحاب الشافعي خلاف على وجوه[1]:

أحدها: أنه يُقتل هو والبهيمة.

والآخر: أنه يعتبر فيه شرائط[2] الزنى؛ مِن الحصانة وغيرها.

والآخر: أنه يُعزَّر.

وهل يحل أكل البهيمة أم لا؟ على وجهين.

فالذي يدل على أنه لا حدَّ عليه:

أنه لم يحصل منه انتهاك فرج له حرمة؛ فوجب ألَّا حد عليه، لأنَّ الحدَّ إنما هو لانتهاك حرمة المنتهك؛ كاللواط والزنى.

ولأن الحدَّ لا يقع إلا على وجه الاشتراك في الجنس، أعني: أنْ يكون الفاعل والمفعول مِن جنس مَن يحرم عليهم ذلك الفعل، وهذا معدوم في البهائم.

والذي يدل على أنه لا يقتل:

قوله ﷺ: «لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى[3] ثلاث: كفر بعد إيمان، أو زنى بعد إحصان، أو قتل نفس»[4]، وكل هذا معدوم في آتي[5] البهيمة.

فإن قيل: لِمَ زعمتم أنه ليس بزنى؟

قلنا: لأنَّ الزنى عبارة عن وطء الآدميَّات دون البهائم، هذا هو المعقول

(1) ينظر: الحاوي الكبير (13/ 224-225).

(2) في (ع): (شرائع).

(3) في (ع): (بأحد).

(4) تقدم تخريجه (ص: 375).

(5) في (ع): (فيمن أتى).

في اللغة؛ فمن ادَّعى خلاف ذلك فقد أحال في الدعوى.

ولأنه جنس لا يتعلق به التكليف؛ فلم يتعلق بالإيلاج فيه الحد، كالجمادات.

فإن قالوا: يستحيل الإيلاج في الجماد.

قلنا: لا يستحيل؛ لأنَّ الإيلاج هو ولوج الشيء في الشيء على مذهب الدخول فيه، وذلك مُتأتِّي في الجماد كتَأتِّيه في الحيوان، فكما لم يكن مقصورا على الآدميين دون سائر الحيوان؛ فكذلك ليس بمقصورٍ على الحيوان دون الجماد.

والَّذي يدل على أنَّ البهيمة لا تُقتل:

أنَّ نكاح البهيمة لا يوجب قتلها؛ دليلُه: إذا نكحها مَن هو مِن جنسِها.

فلئن قلنا[1]: لمَّا لم يجز أنْ يكون حدًّا لاستحالة كونها مِن أهل التكليف، لم يجز أصلا [أن تقتل][2]؛ لأنَّ القتل الواجب بالوطء[3] لا يكون إلا على وجه الحدِّ.

وأما وجوب عقابه:

فلكونه أمرا ممنوعا منه محرما؛ فوجب زجره عنه.

فإنْ قيل: فقد رُوي عن النبي ﷺ أنه قال: «مَن أتى بهيمة فاقتلوه، واقتلوا

---

(1) في (ع): (ولأنه).

(2) زيادة من المعونة (3/ 1401) يستقيم بها المعنى.

(3) في (ع): (عليه).

البهيمة»[1].

قيل له: هذا حديث ليس بثابت.

وراويه ابن عباس؛ وهو يقول[و/ 29]: «لا تُقتل البهيمة»[2]، وذلك يدل على ضعفه، [أو][3] على نَسْخِه.

فإنْ قيل: فقد رُوي عن عمر أنه قال: «تقتل البهيمة؛ لأنْ لا تكون نكالا، يقال: هذه هذه»[4].

---

(1) رواه أبو داود (4464) والترمذي (1455)، من طريق عمرو بن أبي عمرو عن عكرمة عن ابن عباس، به، بنحوه، وقال أبو داود: «ليس هذا بالقوي»، وقال الترمذي: «هذا حديث، لا نعرفه إلا من حديث عمرو بن أبي عمرو، عن عكرمة، عن ابن عباس، عن النبي ﷺ، وقد روى سفيان الثوري عن عاصم عن أبي رزين عن ابن عباس أنه قال: من أتى بهيمة فلا حد عليه، ... وهذا أصح من الحديث الأول»، وقال في العلل (ص236): «قال محمد: عمرو بن أبي عمرو صدوق، ولكن روى عن عكرمة مناكير، ولم يذكر في شيء مِن ذلك أنه سمع عن عكرمة ... قال محمد: ولا أقول بحديث عمرو بن أبي عمرو: أنه مَن وقع على بهيمة أنه يقتل».

وقال النسائي في الكبرى (6/ 486): «هذا - يعني حديث عاصم- غير معروف، والأول -يعني حديث عمرو- هو المحفوظ»، وقال البيهقي في الكبرى (17039): «قد رويناه من أوجه عن عكرمة، ولا أرى عمرو بن أبي عمرو يقصر عن عاصم بن بهدلة في الحفظ، كيف وقد تابعه على روايته جماعة، وعكرمة عند أكثر الأئمة من الثقات الأثبات».

فالحديث مختلف فيه بين الأئمة، وسئل أحمد فقال: «اختلف فيه عن ابن عباس». [مسائل عبد الله (1537-1538)].

(2) لم أجده بهذا اللفظ فيما بين يدي من مراجع، وإنما روى أبو داود (4465) والترمذي (1455)، من طرق عن عاصم عن أبي رزين عن ابن عباس قال: «ليس على الذي يأتي البهيمة حد»، وينظر التخريج قبله.

(3) في (خ): (و)، والمثبت من (ع).

(4) لم أجده من قول عمر -رضي الله عنه- فيما بين يدي من مراجع، وفي رواية للحديث السابق عند =

قيل له: ابن عباس مخالف في المسألة.

وعلى أنَّ النكال لا يزول بذبحها، بل يزيد.

ثم قد يوصَل إلى زوال ذلك بغير قتلها، وهو بأنْ تباع وتُخرَج مِن الموضع.

فإنْ قيل: لأنه وَطِئ فرجا[1] لا يُستباح بوجه؛ فوجب أنْ يتعلق عليه الحدُّ، كاللواط.

قيل له: المعنى في الأصل أنه فرج له حرمة، أو أنَّ المفعول مِن جنس يصح تكليفه، أو أنه يتعلق به الغُسل؛ وكل هذا معدوم في البهيمة.

على أنَّ الوصف غير مسلَّم؛ لأن البهيمة لا يقال: «فرجُها»، وإنما يقال: «حياؤُها»[2].

والله أعلم.

البيهقي في الكبرى (17036): «اقتلوه واقتلوها، لا يقال: هذه التي فعل بها كذا وكذا»، وذكر في المعرفة (12/ 315) أن الرواية الأولى أصح من هذه.

(1) في (ع): (وطء فرج).

(2) ينظر تاج العروس (37/ 514).

باب القطع في السرقة[1]

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ومَن سَرق رُبع دينارٍ ذَهَبٍ[2]، أو ما قيمته يوم السرقة ثلاثة دراهم مِن العُروض، أو وزن ثلاثة دراهم مِن فضة؛ قُطع إذا سَرق مِن حِرز).

قال القاضي أبو محمد عبد الوهَّاب ابن نصر -رحمه الله-:

اشتمل هذا الفصل على عدة مسائل:

أولها: وجوب القطع في السرقة إذا وُجدت فيه الشرائط المعتبرة.

والثانية: أنَّ القطع لا يجب إلا في سرقة نصاب مقدَّر، خلافا لمن ذهب إلى أنه يقطع في القليل والكثير.

[والثالثة][3]: أنَّ ذلك النصاب مِن العَين: رُبع دينار.

والرابعة: أنَّه مِن الوَرِق: ثلاثة دراهم، وأنَّ الوَرِق نصاب بنفسه لا يعتبر بالذهب.

---

(1) قوله: (باب القطع في السرقة) ليس في (ع).

(2) في (ع): (ذهبًا).

(3) في (خ): (والثالث)، والمثبت من (ع).

والخامسة: تقويم العرض المسروق بالوَرِق دون الذهب.

والسادسة: أنَّ القيمة المعتبرة في ذلك يوم السرقة لا ما بعده.

والسابعة: أنَّ المُراعى في ذلك أنْ يسرق مِن حِرز، فإنْ سرق مِن غير حِرز لم يقطع.

ونحن نُبيِّن جميع ذلك.

فصل:

فأما وجوب القطع في السرقة؛ فالأصل فيه الكتاب والسنة وإجماع الأمة.

فأما الكتاب:

فقوله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾[المائدة: 38]؛ وهذا نصٌّ.

وأما السنة:

فقوله ﷺ: «القطع في رُبع دينار»[1].

وقوله ﷺ: «لا تقطع اليد في أقل مِن رُبع دينار»[2].

وقوله ﷺ: «لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده»[3].

وقطعه ﷺ سارقَ رداءِ صفوان[4].

---

(1) رواه مالك في الموطأ (3077) (3078) من حديث عائشة -رضي الله عنها-، وزاد في آخره «فصاعدا»، وهو في صحيح البخاري (6789) ومسلم (1684) بلفظ: «تقطع يد السارق في ربع دينار فصاعدا».

(2) رواه مسلم (1684) بلفظ: «لا تقطع اليد إلا في ربع دينار فما فوقه»، وبلفظ: «لا تقطع يد السارق إلا في ربع دينار فصاعدا».

(3) رواه البخاري (6783) (6799) ومسلم (1687).

(4) رواه مالك (3086)، ومن طريقه ابن ماجه (2595)، ورواه أبو داود (4394) والنسائي (4878
=

وفيه أخبار متواترة.

وأما الإجماع:

فمعلوم مِن دين الأمة مما يُغني عن روايةٍ فيه.

فصل:

فأما اشتراط النصاب في ذلك:

فهو قول جمهور أهل العلم.

وذهبت[1] طائفة إلى أنه يُقطع في القليل والكثير[2]:

لقوله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: 38]؛ فعمَّ، ولم يخصَّ.

وقوله ﷺ: «لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده»[3]، وهذا تنبيه على أنه يُقطع في القليل والكثير.

ولأنه حصل سارقا لمالٍ لا شبهة له فيه، مِن حِرز؛ فأشبه سارق الرُّبع[4] دينار.

4884) من طرق، ولفظ مالك: أن صفوان بن أمية قيل له: إنه من لم يهاجر هلك، فقدم صفوان ابن أمية المدينة، فنام في المسجد، وتوسد رداءه، فجاء سارق فأخذ رداءه، فأخذ صفوان السارق، فجاء به إلى رسول الله ﷺ، فأمر به رسول الله ﷺ أن تقطع يده، فقال صفوان: إني لم أرد هذا يا رسول الله، هو عليه صدقة، فقال رسول الله ﷺ: «فهلا قبل أن تأتيني به».

وطريق مالك مرسل، وذكر البيهقي في الكبرى (17216) مرسلا آخر، وقال: «هذا المرسل يقوي الأول»، وللحديث طرق يعضد بعضها بعضا، وقال ابن عبد الهادي في التنقيح (4/ 563): «حديث صفوان صحيح»، وقال ابن الملقن في البدر المنير (8/ 652): «هذا الحديث صحيح».

(1) في (ع): (ذهب).

(2) قال في بدائع الصنائع (7/ 77): «حكي عن الحسن البصري، وهو قول الخوارج».

(3) رواه البخاري (6783) (6799) ومسلم (1687).

(4) في (ع): (ربع).

ولأنه معنى موجب[1] للحدِّ؛ فوجب أنْ يلزم الحدُّ في قليله وكثيره، أصله: القتل والزنى.

ولأنَّ ما يوجب قطع الأعضاء لا يراعى فيه أعداد المأخوذ، أصله: القصاص في قطع الأعضاء.

ودليلنا:

ما رواه أبو داود: حدثنا أحمد بن صالح وابن السَّرح عن ابن وهب عن يونس عن ابن شهاب عن عُروة [وعمرة][2] عن عائشة [رضي الله عنها] عن النبي ﷺ، قال: «تقطع يد السارق في ربع دينار فصاعدا».

وقال ابن صالح: «القطع في ربع دينار فصاعدا»[3].

ورَوى هشام بن عُروة عن أبيه عن عائشة، قالت: «لم يقطع رسول الله ﷺ إلا في رُبع دينار فصاعدا»[4].

وهذه الأخبار توجب حدًّا لا يُقطع فيما دونه.

ونبني الكلام في ذلك على وجوب الحدِّ بالمهر، فنقول: لأنه عضو محرَّمٌ

---

(1) في (ع): (يوجب).

(2) زيادة من مصادر التخريج.

(3) ينظر: سنن أبي داود (4384)، ورواه البخاري (6790) ومسلم (1684[2]) من طرق عن ابن وهب به بمثله.

(4) لم أجده بهذا اللفظ من طريق هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة، ورواه البخاري (6792) (6793) (6794) ومسلم (1685)، من طرق عن هشام به، بألفاظ متقاربة منها: «أنَّ يد السارق لم تقطع على عهد النبي ﷺ إلا في ثمن مجن حجفة أو ترس».

تناوُلُه مِن أجل حقِّ الله تعالى إلا بمال؛ فوجب أنْ يكون ذلك المال مقدَّرا، أصله: البُضع في النكاح.

وإذا ثبت هذا؛ فالظاهر مُرتب على ما رويناه.

والخبر: فالمقصود منه التغليظ والزجر، وأنَّ القطع يُستحق بما هو قليل الخطر يسير القدر، وليس المقصد به بيان تحديد ما يجب فيه القطع.

والمعنى في الرُّبع دينار: أنه مقدار يستباح به البُضع في النكاح، وليس كذلك ما دونه.

والمعنى في الزنى: أنه لا يتعلق به مال، بل هو مِن حقوق الأبدان مجردا، وحقوق الله تعالى المتعلقة بالمال يدخلها التقدير في الزكوات والكفارات.

وأما القصاص: فمِن[1] حقوق الآدميين، فهو كإتلاف المال أنه يجب بقيمته أو مثله قلَّ أم كثُر، وبالله التوفيق.

فصل:

فأما تحديدنا ذلك بربع دينار مِن الذهب، أو ثلاثة دراهم مِن الوَرِق؛ فالخلاف فيه مع أبي حنيفة والشافعي.

أما أبو حنيفة فإنه يقول: «لا يُقطع [و/ 30] في أقل مِن عشرة دراهم»[2].

وأما الشافعي فإنه يقول: «الاعتبار برُبع دينار، فإنْ سرق ثلاثة دراهم قيمتها رُبع دينار؛ قُطع، وإنْ قصرت قيمتها عن ذلك؛ لم يُقطع»[3].

---

(1) في (ع): (فهو من).

(2) ينظر: شرح مختصر الطحاوي للجصاص (6/ 245-249).

(3) ينظر: الأم للشافعي (7/ 373).

واستدلَّ أصحاب أبي حنيفة:

بما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، قال: قال رسول الله ﷺ: «لا قطع فيما دون عشرة دراهم»[1]؛ وهذا نص.

ورَوى [زَحْر][2] بن ربيعة عن [ابن][3] مسعود: أنَّ النبي ﷺ قال: «لا تُقطع اليد إلا في دينار أو عشرة دراهم»[4].

ودليلنا:

قوله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓا۟ أَيْدِيَهُمَا﴾[المائدة: 38]؛ فعمَّ.

ورَوى أيوب والليث وعبيد الله وحنظلة وجماعة عن نافع عن ابن عمر:

---

(1) رواه أحمد (6900)، من حديث الحجاج عن عمرو بن شعيب، به، بنحوه. وقال ابن حجر في فتح الباري (12/ 103): «هذه الرواية لو ثبتت لكانت نصا في تحديد النصاب، إلا أن حجاج بن أرطأة ضعيف ومدلس».

(2) في (خ) و(ع): (زفر)، والمثبت من مصادر التخريج.

(3) في (خ): (أبي)، والمثبت من (ع) ومصادر التخريج.

(4) قال الجصاص في أحكام القرآن (4/ 64-65): «وقد سمعنا أيضًا في سنن ابن قانع حديثا رواه بإسناده له عن زحر بن ربيعة عن عبد الله بن مسعود ... »، ثم ساقه بلفظه.

ورواه الطبراني في الأوسط (7/ 203)، وابن شاهين في ناسخ الحديث ومنسوخه (ص: 455-456)، من طريق عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن زحر بن ربيعة، به، بمعناه، قال الهيثمي في مجمع الزوائد (6/ 274): «وفيه سليمان بن داود الشاذكوني، وهو ضعيف».

ورواه ابن أبي شيبة في المصنف (28689) من طريق القاسم عن ابن مسعود موقوفا عليه، وقال الترمذي في سننه (1146): «هو حديث مرسل، رواه القاسم بن عبد الرحمن، عن ابن مسعود، والقاسم لم يسمع من ابن مسعود»، وسيأتي قول المصنف: «حديث ابن مسعود؛ صحيحه موقوف».

«أنَّ رسول الله ﷺ قطع في مِجَنٍّ ثمنه[1] ثلاثة دراهم»[2].

ورَوى سفيان بن عيينة عن الزهري عن عَمْرة عن عائشة -رضوان الله عليها- قالت: «كان النبي ﷺ يقطع السارق في ربع دينار»[3].

وفي حديث ابن وهب عن يونس عن ابن شهاب عن عُروة وعَمْرة عن عائشة عن النبي ﷺ قال: «القطع في ربع دينار فصاعدا»[4].

حدثنا أبو العباس أحمد بن محمد بن الحسن البغدادي -قدم علينا مِن الرَّيْ- قال: حدثنا سليمان بن أحمد بن أيوب الطبراني بأصبهان حدثنا مِقْدام ابن داود حدثنا أبو الأسود حدثنا ابن لَهِيعة عن عياش [بن عباس][5] عن بُكَير ابن الأشج عن عَمْرة عن عائشة أنها سمعت النبي ﷺ يقول: «لا تقطع اليد إلا فيما بلغ رُبع دينار»[6].

ولأنه سارق لمَا يبلغ قيمته ربع دينار أو ثلاثة دراهم؛ فأشبه سارق العشرة.

فأما خبرهم؛ فمضطرب الإسناد، وحديثنا أولى منه؛ لأنه قد فُسر أنه قَطع في ثلاثة دراهم.

---

(1) في (ع): (قيمته).

(2) رواه البخاري (6795-6798) ومسلم (1686) من طرق عن نافع، به، بمثله.

(3) رواه مسلم (1684[1])، من طريق ابن أبي عمر عن سفيان، به، بنحوه.

(4) رواه البخاري (6790) ومسلم (1684 [2])، من طرق عن ابن وهب به، بمثله.

(5) زيادة من (ع) ومصادر التخريج.

(6) رواه الطبراني في الأوسط (8952)، به، بلفظه، وقال: «لم يرو هذا الحديث عن عياش بن عباس إلا ابن لهيعة». ورواه مسلم (1684[3]) من طريق مخرمة بن بكير عن أبيه عن سليمان بن يسار عن عمرة عن عائشة مرفوعا بلفظ: «لا تقطع اليد إلا في ربع دينار فما فوقه».

وحديث ابن مسعود صحيحه موقوف، وكذلك رواه محمد بن الحسن عن أبي حنيفة.

ويُعارَض بما رواه الشعبي عن ابن مسعود: «أنَّ النبي ﷺ قَطَع في خمسة دراهم»[1]، والله أعلم.

فصل:

فأما الشافعي فاستدلَّ:

بقوله ﷺ: «اقطعوا في رُبع دينار، ولا تقطعوا فيما دون ذلك»[2].

ورُوي: «القطع في رُبع دينار فصاعدا»[3].

ورُوي: «لا تقطع اليد إلا في ربع دينار»[4].

ولأنها سرقة نقص[5] قيمتها عن الربع؛ دليله: إذا نقصت عن الثلاثة دراهم.

---

(1) رواه النسائي (4942) وأبو داود في المراسيل (234)، من طريق عيسى بن أبي عزة عن الشعبي، به، بنحوه.

(2) رواه أحمد (24515)، والبيهقي في الكبرى (17164)، من طريق محمد بن راشد عن يحيى الغساني عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن عمرة عن عائشة، وقال ابن عبد الهادي في التنقيح (4/ 553): «محمد: مختلف في توثيقه، وقد رواه مسلم من رواية يزيد بن عبد الله بن الهاد عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن عمرة عن عائشة -رضي الله عنها-، ولفظه: «لا تقطع يد سارق إلا في ربع دينار، فصاعدا»».

(3) رواه مالك في الموطأ (3077) (3078)، وهو في صحيح البخاري (6789) ومسلم (1684) بلفظ: «تقطع يد السارق في ربع دينار فصاعدا».

(4) رواه مسلم (1684) بلفظ: «لا تقطع اليد إلا في ربع دينار فما فوقه»، وبلفظ: «لا تقطع يد السارق إلا في ربع دينار فصاعدا».

(5) في (ع): (نقصت).

ودليلنا:

قوله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: 38]؛ فعمَّ.

ورَوى ابن عمر: «أنَّ النبي ﷺ قطع في مِجَنٍّ ثمنه ثلاثة دراهم»[1].

فإنْ قيل: هذا امتثال[2] وليس بتحديد.

قيل له: قد ثبت أنَّ العرض لابد أنْ يقوَّم، فلما نقل أنَّ ثمنه ثلاثة دراهم؛ علمنا أنه قوِّم به لإجماعنا أنه لا قطع فيما دونه.

فإنْ قيل: يحتمل أنْ يكون ذلك لأنَّ قيمة الثلاثة دراهم ربع دينار.

قيل له: هذا يُبطل فائدة الحديث، ويوجب [أن لا اعتبار][3] بالدراهم؛ فلا يقبل إلا بحجة.

ولأنَّ الوَرِق أصل في أثمان المثمنات وقِيم المتلفات، فوجب أنْ يكون [له][4] نصاب في نفسه غير معتبر بغيره؛ أصله: الذهب.

ولأنه حكم يتعلق بالذهب والوَرِق: الذهب فيه نصاب مقدر؛ فوجب أنْ يكون للفضة مثله؛ أصله: الديات والزكوات.

فأما أخبارهم؛ فمعناها: إذا كان المسروق ذهبا، فأما إذا كان وَرِقا فله حكم نفسه؛ بدليل: خبرنا.

---

(1) رواه البخاري (6795) ومسلم (1686).

(2) في (ع): (أمثال).

(3) في (خ): (أن الاعتبار)، وفي (ع): (الاعتبار)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(4) في (خ): (لنا)، والمثبت من (ع).

وقياسهم على ما قصر عن ثلاثة دراهم لا يصح؛ لأنه بمنزلة أنْ يُقال في سارق ربع [دينار][1]: يساوي درهمين، لأنَّ قيمتها أقل مِن ثلاثة دراهم؛ فأشبه إذا سرق قيراطين، فلما كان هذا باطلا لأنه قياس لفظ لا معنى؛ فكذلك هذا.

وإنما الاعتبار بالمعنى؛ لأنا قد أجمعنا على اعتبار نصاب في القطع إذا قصر عنه لم يقطع؛ فوجب أنْ يكون وجوب القطع وسقوطه مأخوذا مِن هذا الأصل.

ولا يجب[2] أنْ يعكس الباب فيؤخذ تقدير النصاب مما يقطع فيه أو لا يقطع، والله أعلم.

فصل:

فأما العروض؛ فالظاهر مِن المذهب أنها تقوَّم بالدراهم، وإنْ قصرت عن الرُّبع دينار وبلغت الثلاثة دراهم؛ فإنه يقطع، وقد لَوَّح في موضع إلى أنَّ القيمة معتبرة بالذهب.

وقال ابن القاسم فيمن سرق عرضا يساوي ثلاثة دراهم ولا يساوي ربع دينار: «إنه لا يُقطع»[3].

---

(1) زيادة من (ع).

(2) في (ع): (يجوز).

(3) كذا ورد هنا النقل عن ابن القاسم، وفي عيون المسائل للمصنف (ص: 467): «وروى ابن القاسم: أنه إن بلغ ربع دينار، ولم يساو ثلاثة دراهم لم يقطع»، وفي المدونة (4/ 527): «قال ابن القاسم: ولو لم أقطعه في وزن ربع دينار ذهبا إذا سرق الذهب ما قطعته لا في ثلث ولا في نصف ولا في =

فإذا قلنا: أنَّ الاعتبار بالوَرِق؛ فلِما رويناه مِن أنه ﷺ قطع في مِجَنٍّ ثمنه ثلاثة دراهم[1].

وما رُوي عن عثمان: «أنه قوَّم الأترجة التي سُرقت ثلاثة[2] دراهم، وقطع فيها»[3].

ولأنَّ الدراهم أكثر وجودا وإمكانا [و/31] في القيمة، وأَحصر وأَضبط؛ فوجب أنْ يقوَّم بها، وبذلك جرى العُرف في تقويم العروض.

وإذا قلنا: إنَّ الاعتبار بالذهب؛ فلقوله: «القطع في ربع دينار فصاعدا»[4].

وقالت عائشة: «كان رسول الله ﷺ لا يقطع في التافه»[5]؛ فدل أنَّ ما دون الرُّبع تافه.

وكان الشيخ أبو بكر يقول: «يجب على أصول مالك أنْ يكون الاعتبار

الدينار كله إذا كانت قيمته أقل من ثلاثة دراهم».

(1) رواه البخاري (6795) ومسلم (1686).

(2) في (ع): (بثلاثة).

(3) رواه مالك في الموطأ (3076)، ومن طريقه البيهقي في الكبرى (17188)، وصححه ابن الملقن في البدر المنير (8/ 678).

(4) رواه مالك في الموطأ (3077) (3078)، وهو في صحيح البخاري (6789) ومسلم (1684) بلفظ: «تقطع يد السارق في ربع دينار فصاعدا».

(5) رواه البيهقي في الكبرى (17166) في سياق أتمَّ، وبيَّن أن هذه الجملة مدرجة من كلام عروة، ليست من قول عائشة، فقال: «والذي عندي أن القدر الذي رواه مَن وصله من قول عائشة وكل من رواه موصولا حفاظ أثبات، وهذا الكلام الأخير من قول عروة، فقد رواه عبدة بن سليمان، ومَيَّز كلام عروة من كلام عائشة -رضي الله عنها-».

بغالب نقود البلد الذي تقوَّم فيه السرقة، فيكون التقويم به؛ كما قلنا في الشاة المأخوذة في الخَمس مِن الإبل أنها مِن غالب أغنام ذلك الموضع».

والله أعلم.

فصل:

فأما اعتبارنا بقيمة ذلك وقت الأخذ؛ فهو قولنا، وقول الشافعي[1].

وقال أبو حنيفة: «يعتبر وقت الأخذ إلى وقت القطع»[2].

واستُدِّل عنه:

بأنَّ عدالة الشهود لمَّا اعتبرت مِن وقت شَهدوا بها إلى [وقت][3] نفوذ الحكم بها؛ كذلك هذه.

ولأنه لو سَرق دون النصاب لم يقطع وإن بلغت نصابا مِن بعد؛ كذلك إذا سرق نصابا ثم نقص عنه عند القطع.

ولأنَّ المقذوف لو زنى قبل إقامة الحدِّ على القاذف لم يحدَّ قاذفه؛ كذلك في مسألتنا.

ودليلنا:

قوله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾[المائدة: 38]؛ فعمَّ.

وقوله ﷺ: «القطع في رُبع دينار فصاعدا»[4]؛ فلا يخلو: أنْ يكون أراد يوم

(1) ينظر: التفريع لابن الجلاب (2/ 222)، والحاوي الكبير (13/ 300-301).

(2) ينظر: شرح مختصر الطحاوي للجصاص (6/ 301-302).

(3) زيادة من (ع).

(4) رواه مالك في الموطأ (3077) (3078)، وهو في صحيح البخاري (6789) ومسلم (1684) =

السرقة، أو يوم الحكم، والظاهر أنه وقت السرقة؛ لأنَّ الحكم بعدها.

ولأنه يسرق[1] نصابا كاملا؛ فأشبه إذا ساوى ذلك في الطرفين.

ولأنَّ القطع إنما وجب بالإخراج على الوصف المخصوص؛ فكان المراعى وقت الوجوب لا وقت الإقامة، أصله: البِكر إذا زنى ثم أحصن، والعبد إذا زنى ثم أعتق.

فأما الشهود؛ فإنَّ حدوث فسقهم إنباء عن استسرارهم به، وليس كذلك السرقة؛ لأنَّ قيمتها معروفة لا يخفى نقصانها في المستأنَف.

وأما إذا سرق دون الرُّبع ثم [ساوى][2] الربع فإنما لم يُقطع؛ لأنه لم يسرق نصابا، وفي مسألتنا سرق نصابا.

وعلى أنَّ نقصان قيمة السرقة ليس بأكثر مِن تلفها أو تلف بعضها، ومعلوم أنَّ ذلك لا يؤثِّر في سقوط القطع؛ كذلك في مسألتنا.

وأما المقذوف إذا زنى فإنه حقق قول القاذف، وهذا معدوم في مسألتنا.

وبالله التوفيق.

فصل:

فأما اعتبارنا الحِرز في ذلك؛ ففيه القطع، فاعتبر في ذلك الحِرز[3].

بلفظ: «تقطع يد السارق في ربع دينار فصاعدا».

(1) في (ع): (سرق).

(2) في (خ): (يساوي)، والمثبت من (ع).

(3) كذا في (خ)، (ع)، ولعل فيه سقطا، وفي المعونة للمصنف (3/ 1417): «وإنما اعتبرنا أن يسرق من الحرز خلافا، لمن حكي عنه أن الحرز غير معتبر، لقوله ﷺ: «لا قطع في تمر معلق ولا في =

ولأنَّ السارق مِن الحِرز قد هتك الحرمة، وخرق الأمانة بأخذ ما أخفي عنه وأحرز دونه، وإذا كان مِن غير حِرز فذلك كالخلسة أو الخيانة.

مسألة

قال -رحمه الله-:

(ولا قطع في الخُلْسَة).

قال القاضي -رحمه الله-:

وهذا لأنَّ المختلس ليس بسارق؛ لأنَّ الخلسة غير السرقة.

وقد رُوي: «لا قَطع على مختلس ولا خائن»[1].

مسألة

قال -رحمه الله-:

(ويقطع في ذلك[2] الرجل والمرأة والعبد).

قال القاضي -رحمه الله-:

وهذا لقوله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: 38]؛ وهذا

حريسة جبل، فإذا أواه المراح والجرين فالقطع فيما بلغ ثمن المجن»، ففرَّق بين أن تكون محرزة بإيوائها إلى المراح، وبين أن تبقى على أصلها في باب القطع، فدل على اعتبار الحرز».

(1) رواه أبو داود (4393) والترمذي (1448) والنسائي (4975) وابن ماجه (2591)، من طرق عن أبي الزبير عن جابر، بنحوه، وقال الترمذي: «حديث حسن صحيح»، وقال ابن حجر في فتح الباري (12/ 92): «هذا حديث قوي».

(2) في (ع): (يد).

عامٌّ في الحرِّ والعبد والرجل والمرأة.

ولأنه فسوق يوجب حدًّا؛ فوجب استواء جميعهم فيه؛ كالزنى وشرب الخمر.

ولأنَّ القطع في السرقة وُضع حراسةً للأموال وحفظًا لها، ولِأنْ لا يجترئ عليها؛ وهذا معنى يستوي فيه الحرُّ والعبد والرجل والمرأة؛ كما جُعل القصاص حياة للنفوس، وليرتدع مَن يريد القتل عنه إذا علم أنه يُقتل بقتله؛ فاستوى جميعهم في ذلك.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ثم إنْ سرق قُطعت رجله مِن خلاف، ثم إنْ سرق فَيَدُه، ثم إنْ سرق فرجله، ثم إنْ سرق جُلد وسُجن).

قال القاضي -[رحمه الله]-:

وهذا كما قال: أوَّلُ ما تقطع يمنى يديه[1]، ثمَّ في الثانية يسرى رجليه.

وهذا لا خلاف فيه.

وإنما الخلاف في السرقة الثالثة:

فعندنا: أنه تقطع فيها يسرى يديه، وفي الرابعة يمنى رجليه.

وبه قال الشافعي[2].

---

(1) في (ع): (يده) (رجله) في الموضعين.

(2) ينظر: الأم (7/ 381-382).

وقال أبو حنيفة: «لا يقطع في السرقة إلا يد واحدة ورجل واحدة، وهي اليمنى مِن اليدين واليسرى مِن الرجلين، وإن سَرق بعد ذلك ضُرب وحُبس ولم يُقطع»[1]:

لِما رُوي عن علي -رضوان الله عليه-: أنه أُتي بسارق قد قُطعت يده ورجله، فلم يقطع يساره[2]، وقال: «إني لأستحيي أنْ لا أترك له ما يتوضأ به أو يأكل به»[3].

وقال لعُمر لمَّا أراد قطعه: «لا تفعل، فإنما عليه يدٌ ورجلٌ، ولكن احبسه واقتله[4]»[5].

ولأنَّ أخذ الأطراف الأربعة أخذٌ للنفس لأنه لا يُنتفع به، ولا يَنتفع هو بنفسه بعد ذلك.

ودليلنا: ما روى هشام بن عروة عن محمد بن المنكدر عن جابر: «أنَّ النبي ﷺ أُتي بسارقٍ ثالثةً [و/32] فقَطَع يده اليسرى، ثم أُتي به الرابعة فقطع [رجله][6] اليمنى»[7].

---

(1) ينظر: التجريد (11/ 6009).

(2) في (ع): (يسراه).

(3) ينظر مصنف عبد الرزاق (18764) (18767) ومصنف ابن أبي شيبة (28847) (28856) والأوسط لابن المنذر (9044)(9045).

(4) في (ع): (أو اقتله)، وفي مصادر التخريج: (اضربه) بدل (اقتله).

(5) ينظر مصنف عبد الرزاق (18766) والأوسط لابن المنذر (9043) والسنن الكبرى للبيهقي (17268).

(6) في (خ): (يده)، والمثبت من (ع).

(7) رواه الدارقطني في سننه (3389) (3390) (3391)، من طرق عن هشام بن عروة عن محمد بن =

ولأنها يدٌ يؤخذ قصاصها[1]؛ فكان لها مَدخل في القطع بالسرقة، أصله: اليمنى.

ولأنها سرقة مع وجود بعض الأطراف السليمة فوجب القطع لها؛ كالأولى والثانية.

وإذا ثبت هذا؛ فالمسألة خلاف.

وقد رُوي عن أبي بكر وعمر -رضي الله عنهما- مثل ما قلناه:

فرُوي عن أبي بكر في الأقطع الذي سرق حُلِيًّا لأسماء بنت عميس: «أنه قطع يده اليسرى»، وهو في «الموطأ»[2].

ورُوي مثله عن عمر[3].

وقياسهم غير صحيح؛ لأنَّ النفس تبقى بعد ذلك وينتفع بها، وتجب الدية كاملة بإتلافها، وتبقى أكثر منافعها مِن السَّمع والبصر والعقل[4] وسائر منافع الأعضاء، والله أعلم.

المنكدر، به، ورواه أبو داود (4410) والنسائي (4978)، من طريق مصعب بن ثابت عن محمد ابن المنكدر، به، بنحوه، وفي آخره أنه قتله في الخامسة، وقال ابن عبد البر في الاستذكار (24/ 195): « قال النسائي: مصعب بن ثابت ليس بالقوي، وإن كان يحيى القطان قد روى عنه، قال: وهذا الحديث ليس بصحيح، قال: ولا أعلم في هذا الباب حديثا صحيحا عن النبي ﷺ».

(1) في (ع): (قصاصا).

(2) رواه مالك في الموطأ (3089)، من طريق عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه، في سياق طويل، قال ابن حجر في التلخيص الحبير (6/ 2789): وفي سنده انقطاع.

(3) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه (28852)، من طريق عكرمة عن ابن عباس، قال: «رأيت عمر بن الخطاب قَطَع يد رَجل بعد يده ورجله»، قال الألباني في إرواء الغليل (8/ 91): وإسناده صحيح على شرط البخاري.

(4) في (ع): (وغير ذلك).

فصلٌ:

حكى أهل الخلاف عن بعض أهل العلم: أنه إنْ سَرَق خامسةً قُتل[1].

لقوله ﷺ[2]: «لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث»[3]، ولم [يذكر][4] السرقة.

ولأنَّ ذلك إجماع الصحابة.

ولأنها سرقة؛ فلم يتناول بها النفس، كالأولى والثانية.

ولأنَّ السرقة نوع يتناول به الأطراف؛ فلم يجز أنْ يتناول به[5] النفس، كقطع الأطراف.

والخبر[6]؛ خارج على وجه التغليظ؛ كقوله في شارب الخمر: «اقتلوه»[7]

---

(1) ينظر: الأوسط لابن المنذر (12/ 342).

(2) كذا ورد في النسختين، والكلام غير مترابط ولعل فيه سقطا، لأن المصنف بصدد ردِّ القول، وسيأتي قوله: «والخبر خارج على وجه التغليظ»، ولم يُذكر هنا خبر.

(3) تقدم تخريجه (ص: 375).

(4) في (خ): (ينكر)، والمثبت من (ع).

(5) في (ع): (بها).

(6) رواه أبو داود (4410) وغيره عن جابر قال: «جيء بسارق إلى النبي ﷺ فقال: «اقتلوه»، فقالوا: يا رسول الله ﷺ إنما سرق، فقال: «اقطعوه»، قال: فقطع، ثم جيء به الثانية، فقال: «اقتلوه»، فقالوا: يا رسول الله ﷺ إنما سرق، فقال: «اقطعوه»، قال: فقطع، ثم جيء به الثالثة، فقال: «اقتلوه»، فقالوا: يا رسول لله ﷺ إنما سرق، فقال: «اقطعوه»، ثم أتي به الرابعة، فقال: «اقتلوه»، فقالوا: يا رسول الله ﷺ إنما سرق، قال: «اقطعوه»، فأتي به الخامسة فقال: «اقتلوه»، قال جابر: فانطلقنا به فقتلناه، ثم اجتررناه فالقيناه في بئر، ورمينا عليه الحجارة»، وفي الاستذكار لابن عبد البر ((24/ 195) -نقلا عن النسائي-: «هذا الحديث ليس بصحيح، ولا أعلم في هذا الباب حديثا صحيحا عن النبي ﷺ».

(7) رواه أبو داود (4484) (4485) والترمذي (1444) والنسائي (5661) (5662) وابن ماجه =

تغليظًا وزجرًا، والله أعلم.

فصلٌ:

وحُكي عن بعضهم: أنَّ السارق إذا سرق ثانيةً قُطعت يسرى يديه[1].

وهذا خطأ، لِما رويناه أنَّ رسول الله ﷺ: «أُتي بسارق سرق ثانية فقطع يسرى رجليه»[2].

ولأنَّ ذلك إجماع الصحابة؛ فلا يُعتد بخلافٍ حادثٍ.

فإن قالوا: لأنها سرقة مع وجود الكفِّ؛ فوجب أنْ لا تقطع بها الرجل، أصله: الأولى.

قلنا: هذا قياس يدفع[3] نص السنة والإجماع؛ فلا يعتبر به.

وبإزائه أنْ نقول: لأنها سرقة مع عدم الكفِّ اليمنى فلا تقطع إلَّا يسرى الرجلين؛ كالسرقة الثالثة.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ومَن أقرَّ بسرقة قُطع).

قال القاضي -رحمه الله-:

(2572) (2573)، من طرق، عن عدد من الصحابة، وقد ذكرها ابن حجر مصححا لبعضها في موافقة الخُبر الخَبر في تخريج أحاديث المختصر (2/ 254-267).

(1) حُكي عن عطاء، كما في الحاوي الكبير (13/ 321)، وينظر: مصنف عبد الرزاق (18758).

(2) تقدم تخريجه (ص: 543).

(3) في (ع): (يرفع).

وهذا لقوله [تعالى]: ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا﴾ [الأنعام: 164].

وقوله ﷺ: «مَن أصاب مِن هذه القاذورات شيئًا فليستتر بستر الله، فإنه مَن يُبْدِ لنا صفحته نُقم عليه كتاب الله»[1].

[ولأنَّ][2] الإقرار أبلغ في لزوم الحقِّ مِن البينة، بدليل أنه يقبل مِن الفاسق والعدل، فإذا لَزِم قطعُه بالبينة؛ فبالإقرار أولى.

فصلٌ:

ويكفي في ذلك مرة واحدة.

وبه قال أبو حنيفة والشافعي[3].

وذهب ابن أبي ليلي وأبو يوسف إلى أنَّه لا يُقطع إلا إذا أقرَّ مرتين؛ لأنه موضع شبهة، فإذا أقرَّ ثانية انتفت عنه الشبهة[4].

وهذا خطأ؛ بما رواه أصحابنا: أنَّ سارقًا أُتي به النبي ﷺ فقيل: إنه سرق شَمْلَة، فقال: «ما إخاله سرق»؛ فقال: بل سرقتها، فقطعه[5]؛ ولم ينتظر أنْ يقر ثانية.

ولأنه إقرارٌ بحقٍّ؛ فوجب أنْ يُعتبر فيه حصوله دون عدده، أصله: سائر الحدود والحقوق.

---

(1) تقدم تخريجه (ص: 443).

(2) في (خ): (وأن)، والمثبت من (ع).

(3) ينظر: شرح مختصر الطحاوي للجصاص (6/ 287)، والأم (7/ 388).

(4) ينظر: اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى لأبي يوسف (ص: 152).

(5) رواه البيهقي في معرفة السنن والآثار (12/ 420)، وذكر أن المحفوظ أنه حديث مرسل.

وقولهم: «إنَّ ذلك موضع شبهة»؛ لا معنى له، لأنَّ هذا لا يتخصص بالمرتين أو الثلاث[1].

ولأنَّ ذلك يبطل بالإقرار بالقتل والحِرابة، وبالله التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(وإنْ رجع أُقيل).

قال القاضي -رحمه الله-:

هذا[2] إذا رجع إلى شبهةٍ وعُذرٍ.

فأما إنْ رجع ابتداءً وأكذب نفسه؛ ففيها روايتان -على ما بيَّناه في الزِّنى-، وقد ذكرناه مِن قَبل[3]، وبالله التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(وغَرِمِ السرقة إنْ كانت[4] معه، وإلا اتُّبع بها[5]).

قال القاضي -رحمه الله-:

(1) في (ع): (الثلاثة).

(2) في (ع): (وجه هذا).

(3) ينظر ما تقدم (ص: 467).

(4) في (ع): (كان).

(5) قوله: (بها) ليس في (ع).

يعني إذا أُقيل؛ لأنَّ المسروق حقٌّ لآدمي؛ فليس يخرج عن ملكه بالسرقة:

فإذا كان باقيًا؛ لزمه أداؤه إلى مالكه.

وإنْ كان أتلفه؛ غَرِمه له.

وإنْ كان معسرا؛ اتُّبِع به، كما لو أتلفه عليه مِن غير سرقة.

هذا إذا أُقيل ولم يُقطع.

فأما إذا قطع: فإن كان المسروق باقيًا لزمه [33/و] آداؤه لِما بيَّنَّاه.

وإن كان قد أتلف[1] نُظر:

فإن كان موسِرا؛ أخذت منه قيمته.

وإن كان معسرا؛ لم يُتَّبع به؛ بخلافه إذا لم يقطع.

والكلام عليه يأتي فيما بعد، إنْ شاء الله [عزَّ وجلَّ][2].

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ومَن أُخذ في الحِرْز لم يُقطع حتى يُخرِج السرقةَ مِن الحِرْز).

قال القاضي -رحمه الله-:

وهذا لأنه ما لم يخرجها مِن الحرز فلم تتم سرقته، ولا يسمَّى سارقا إلا إذا أخرجها مِن الحرز.

---

(1) في (ع): (تلفت).

(2) ينظر ما يأتي (ص: 576).

وإذا كان كذلك؛ لم يجب [قطعه إذا][1] أُخِذ في [الحرز حتى] يخرجه منه؛ لأنَّ الاسم حينئذٍ يتناوله.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(وكذلك [الكفن] مِن القبر).

قال القاضي أبو محمد -رحمه الله-:

يعني أنَّ النبَّاش إذا أُخِذ وهو في القبر لم يَخرج بالكفن منه؛ فإنه لا يُقطع، لأنه لم يخرجه مِن حرزه، لأنَّ القبر هو حِرز الكفن[2].

فإذا أخرجه مِن القبر؛ قُطع.

والقول بقطع النبَّاش هو قول أصحابنا، وقول الشافعي[3].

وقال أبو حنيفة: «لا يُقطع النبَّاش»[4].

والذي يدلُّ على ما قلناه:

قوله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: 38].

واسم «السارق» يتناول النبَّاش؛ لأنَّ السرقة أخذ الشيء على طريق الاستخفاء والاستسرار[5].

---

(1) طمس وخرم في (خ) في مواضع متعددة، والمثبت من (ع).

(2) في (ع): (للكفن).

(3) ينظر: المدونة (4/ 537)، والأم (7/ 380).

(4) ينظر: الأصل للشيباني (7/ 244-245).

(5) في (ع): (الإخفاء والإسرار).

ومنه قولهم: «فُلان يسارق[1] النظر إلى فلان»؛ أي: ينظر إليه نظرًا خفيًّا مِن حيث لا يشعر به.

فإن قيل: فقد اختُص[2] «النبَّاش» باسمٍ لا يُفهم منه اسم «سارق»؛ لأنه إذا قيل: «سارق» لم يُفهم منه «نبَّاش»، وذلك يمنع دخوله في العموم.

قيل له: ليس الأمر كذلك؛ لأنَّ «سارق» هو الاسم الأعمُّ، ينتظم أنواع السرقة، وقولنا: «نباش» اسم لبعض أنواع السرقة؛ فلا يخرجه اختصاصه هذا الاسم عن تناول اسم «السارق» له.

ألا ترى أنَّ أنواع السرقة قد تختلف، ويختص كل سارق بنوع منها باسم يخصُّه، فيقال: «طَرَّارٌ»[3] و«نقَّاب»، ولا يوجب ذلك منع دخوله في الاسم الأعم إذْ كانت حقيقة السرقة موجودة في الجميع.

ويبيِّن ذلك: قولهم: «فلان سرق[4] الأكفان»، وإطلاقهم اسم «السارق» عليه.

وكذلك رُوي عن عائشة -رضي الله عنها- أنها قالت: «سارق أمواتِنا كسارق أحيائنا»[5]، وقولها حجة في إثبات الاسم.

---

(1) في (ع): (سارق).

(2) في (ع): (يخص).

(3) الطرَّار: الذي يقطع الأشياء فيأخذها، وهو الذي يشق كُمَّ الرجل ويسلُّ ما فيه. [الزاهر لأبي بكر الأنباري (2/ 239)، النهاية لابن الأثير (3/ 118)].

(4) في (ع): (يسرق).

(5) رواه البيهقي في الخلافيات (5010).

ومِن جهة النظر:

فلأنه أخذٌ للمال المقدَّر مِن حرز مثله مع ارتفاع الشبهة عنه؛ فلزمه القطع إذا كان مِن أهله، أصله: سائر السراق.

ويدل عليه أيضًا:

أنَّ سقوط القطع عنه لو سقط لم يخلُ مِن وجوه:

إما أنْ يكون لعدم الملك على الكفن.

أو لكونه مأخوذا[1] مِن غير حرز، وأنَّ القبر ليس بحرز له.

أو لعدم الخصومة والمخاصم.

وما عدا ذلك مِن الشبهة، وسائر ما يؤثر في سقوط [القطع معدوم هاهنا][2]؛ فلا يحتاج إلى ذكره.

ولا يجوز أنْ يكون لعدم الملك؛ لأن الكفن [مملوك][3]:

إما للميت؛ إنْ قلنا: إنَّ الميت يصح أنْ يبقى ملكه.

أو على حكم الملك.

أو للوارث.

فإن قلنا: إنَّ الميت يصح بقاء ملكه على الشيء، فالكفن على ملكه، ولا يزول عنه بموته؛ لأنَّ ملكه إنما يزول عمَّا فضل عن قدر حاجته، فأما ما استغرقته حاجته؛ فملكه يبقى عليه.

---

(1) في (ع): (مأخوذ).

(2) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(3) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

وإن قلنا: إنه لا يصح بقاءُ ملكه فهو حكم الملك، ولذلك تُنفَّذ وصاياه لأنها باقية على حكم ملكه.

وإن منعنا ذلك؛ فلا بد أنْ يكون ملكًا للوارث، لأنَّ ما زال مِلك الميت عنه بموته وكان مالًا لم يُستحَق بدَين ولا وصية؛ فهو للوارث.

ولذلك قلنا: إنَّ الميت لو افترسه سَبعٌ لكان الكفن للورثة مقسومًا بينهم؛ فبطل أنْ يكون سقوط القطع لعدم المِلك؛ لما بيَّناه أنَّه لا بد أنْ يكون مملوكا إما للميت أو للورثة.

ويبطل أنْ يكون القبر غير حرز، لأمرين:

أحدهما: أنَّ مِن قولهم: «إنَّ القبر لو كان في بيت مُقفَل أو موضع حصين لم يقطع النباش»؛ فبطل مراعاة الحرز.

والثاني: أنَّ القبر حرز للكفن؛ لأنَّ حرز كل شيء على ما يليق به في العادة، وقد عُلم أنَّ صيانة الأكفان إنما يكون بأن تُجعل مع الميت في القبر، وأنَّ الواضع للميت بكفنه في القبر إذا سَدَّه لا يُسمى مضيعا للكفن؛ فبطل ما قالوه.

وقد ذكر أصحابنا قوله تعالى: ﴿أَلَمْ نَجْعَلِ ٱلْأَرْضَ كِفَاتًا ﴿٢٥﴾ أَحْيَآءً وَأَمْوَٰتًا﴾ [المرسلات: 25-26] يريد: التنبيه على الصيانة والإحراز للأحياء والأموات.

ويبطُل أنْ يكون ذلك لعدم الخصومة؛ لأنَّ الورثة خصومٌ ينوبون منابَ الميت ويقومون مقامه.

وإذا بطلت هذه الأقسام لم تبق جهةٌ ينسب سقوط القطع إليها. [و/ 34]

واحتجَّ مَن خالفنا بأن قال:

لأنَّ هذا مال ليس له مالك بعينه؛ فلم يقطع سارقه[1]، كمَالِ بيت المال.

فالجواب:

أنَّا قد بيَّنا أنَّ له مالكا بعينه، وهو الميت أو الورثة.

ثم القياس منتقض بمن سرق مالًا موقوفا على رباطٍ وثَغرٍ.

وعلى أنَّا لا نسلِّمه؛ لأنَّ مَن سرق مِن بيت المال أو المغنم فعليه القطع عند مالك[2].

وإنما يقول عبد الملك: «لا قطع عليه إذا سرق ما يكون بقدر حصته أو دونه»[3].

فالجواب على قوله: أنَّ المعنى في الأصل: أنَّ مال بيت المال مُرصَدٌ لمصالح المسلمين؛ فهو كالمشترَك بين جماعتهم، وأحد الشركاء إذا سرق مِن [مال شريكه][4] لم يقطع إذا كان مِن مال الشَّرِكة[5]، والكفن ملكه[6] خاصٌّ للميت أو للورثة دون جميع الناس، فلم يكن للسارق فيه شبهة.

قالوا: ولأنَّ القول بأنَّ الكفن ملك للميت ضربٌ مِن الإحالة؛ لأنَّه قد

(1) في (ع): (في سرقته).

(2) ينظر: المدونة (4/ 549).

(3) ينظر: التفريع (1/ 248).

(4) خرم في (خ)، والمثبت من (ع).

(5) في (ع): (الشريك).

(6) في (ع): (مثله).

حدث به[1] ما ينافي الملك وهو الموت؛ فبطل ما قلتم.

فالجواب: أنَّا لا نسلِّم ما قالوه؛ لأنَّ الموت يقطع عن الميت ملكَ ما لا يحتاج إليه؛ بدليل: أنه إنْ مات عن مال فأوصى بأنْ تُشترى بثلثه رقابٌ فتعتق عنه، أو خلَّف رقابًا وأوصى بأنْ يعتق عنه بعضهم؛ فإلى[2] أنْ يعتقوا يكون مِلكه باقيًا عليهم.

فإن قيل: لو جاز أنْ يبقى مِلكُه على بعض مالِه بعد الموت؛ لصحَّ أنْ يُبتدَأَ الملك له بعد الموت.

قيل له: لا يمتنع ذلك عند أصحابنا بأن يتصدَّق السلطان عليه مِن بيت المال بما يُكفَّن به، أو بأنْ يُكفِّنه رجلٌ مِن المسلمين مِن ماله.

وليس هذا بأبعد مما قالوه في ثبوت الضمان عليه بعد الموت؛ بأنْ يَحفر بئرا في حياته في موضع ليس له فيقع فيها إنسان بعد موته؛ فيكون الضَّمان في مال الميت.

فإذا صحَّ أنْ يتوجه عليه عندهم الضَّمان بعد الموت؛ صحَّ أنْ يتوجه له الملك بعد الموت.

قالوا: ولأنَّ الكفن موضوع للبِلَى لا للصيانة، والقطع إنما شُرع صيانة للأموال وحفظا لها، وليقلَّ الاجتراء عليها بالسرق؛ فلا معنى لذلك في مال غير مصون.

---

(1) في (ع): (له).

(2) في (ع): (قبل).

فالجواب: أنَّ الكفن موضوع لصيانة الميت، وإنْ كان مآله إلى البِلَى[1] والهلاك، إلَّا أنه لم يقصد به ذلك، فهو كالثياب التي يلبسها الحي ليس الغرض بها إلى البِلى وإنما الغرض بها التجمُّل ومواراة العورة، وإنْ كانت مع مداومة اللبس تذهب وتبلى؛ وليس كل شيء آلَ إلى الفساد يوجب أنْ يحكم بأنَّ ذلك هو الغرض باستعماله.

قالوا: ولأنَّ الميت ممَّن لا يلزمه الغُرم بقطع أطرافه؛ فلم يجب القطع بسرقة مَالِه، أصله: أهل الحرب.

فالجواب: أنَّ موضع هذا القياس فاسدٌ؛ لأنَّ القطع شُرع صيانة للأموال، ولئلا تنهب بالسرق[2]، وأموال أهل الحرب معرضَّة للأخذ والنهب.

فلو قلنا: [إنَّ في][3] سرقتها القطع؛ لكان في ذلك ما ينقض الأصل الذي هو الغرض بالقطع؛ لأنَّ القطع في المال المباح أخذه لا معنى له، وليس كذلك حكم الكفن؛ لأنه محفوظ ممنوع تناوله كمنع تناول مال الحي.

وأمَّا أطراف الميت؛ فلم يصح اعتبار الكفن بها، لأنَّ الطرف إنما يجب الغرم بتناوله إذا كان له بدل، وأطراف الميت لا بَدل لها؛ ففارقت بذلك أطراف الحي.

وليس كذلك ماله؛ لأنه مساوٍ لمال الحي في ثبوت قيمته، وثبوت الملك عليه، وحظر تناوله.

---

(1) في (ع): (الإتلاف).

(2) في (ع): (بالسرقة).

(3) خرم في (خ)، والمثبت من (ع).

قالوا: ولأنَّ صيانة الأموال في الصحراء لا تكون بالدفن؛ كما لو دَفن في القبر ثيابا غير الكفن.

فالجواب: أنه لا معتبر بهذا على أصلهم؛ لأنَّ عندهم أنَّ القبر لو كان بين المنازل وداخل العمارات لم يلزم القطع بأخذ الكفن منه.

ثم المعنى في الثياب غير الكفن؛ أنَّ القبر ليس بحرز لها، لأنَّ العادة لم تجرِ بإحراز الثياب فيها، وقد جرت بإحراز الأكفان فيها، وحِرز كل شيء فإنما هو على ما يراه الناس حرزا له في العادة؛ فبطل ما قالوه. [و/35]

فإن قالوا: لو كان القبر حرزا للكفن لم يختلف حكم المحرزات فيه؛ كسائر الأحراز.

قلنا: هذا باطلٌ؛ لأنَّ أحكام المواضع تختلف في ذلك، فقد يكون بعضًا حرزا لنوع مِن المال ولا يكون حرزا لغيره؛ كأفنية دكاكين الباعة أنها حِرزٌ لِما يُطرح فيها مِن الأمتعة التي تُراد للبيع على ما جرت به العادة، وليست بحرز للدراهم والدنانير والجواهر وغيرها؛ فكذلك القبور هي أحراز للأكفان وغيرُ أحراز لغيرها.

قالوا: ورُوي: «أنَّ نبَّاشا وُجد في زمن معاوية، وكان مروان على المدينة، فسأل مَن كان مِن الصحابة؛ فاجتمع رأيهم على أنه يضرب ويطاف به»[1].

ورُوي عن الزهري أنه قال: «اجتمعت الصحابة -وهم متوافرون- في أيام

---

(1) رواه ابن أبي شيبة في المصنف (29206).

مروان أنَّ النبَّاش لا يقطع»[1].

فالجواب: أنَّ هذا إنْ صحَّ فقد روينا خلافه عن عائشة، وأنها قالت: «سارق أمواتنا كسارق أحيائنا»[2].

وعن ابن الزبير: «أنه قطع النبَّاش»[3].

وعن ابن مسعود: أنه أخذ نبَّاشا فكتب إلى عمر؛ فكتب إليه عمر: «أنِ اقطع يده»؛ فقطع يده[4].

مَسۡأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ومَن سرق مِن بيتٍ أُذن له في دخوله لم يُقطع، ولا يُقطع المختلس[5]).

قال القاضي -رحمه الله-:

وهذا لأنه إذا أُذن له في دخول البيت فليس بسارقٍ، وإنما هو خائن؛ لأنَّ السارق مَن استخفى بأخذِ ما أُخفي[6] عنه وأحرز دونه، فأمَّا إذا لم يُحرَز عنه ولم يُخف دونه؛ فقد اؤتمن عليه فخان، ولا قطع في خيانة.

---

(1) ينظر: أحكام القرآن للجصاص (4/ 67-68).

(2) رواه البيهقي في الخلافيات (5010).

(3) رواه البيهقي في الخلافيات (5011).

(4) روى عبد الرزاق في مصنفه (18887)، عن عبد الله بن عامر بن ربيعة أنه وجد قوما يختفون القبور باليمن على عهد عمر بن الخطاب، فكتب إلى عمر؛ فكتب إليه عمر: «أن يقطع أيديهم».

(5) في (ع): (المُخْلِسُ).

(6) في (ع): (مال خفي).

وأما المختلس[1]: فليس بسارقٍ؛ لأنه غير مُستخفٍ بما يأخذه.

مسألة

قال -رحمه الله-:

(وإقرار العبد فيما يلزمه في بدنه مِن حدٍّ أو[2] قطعٍ؛ يلزمه، وما كان في رقبته فلا إقرار [له][3]).

قال القاضي -[رضي الله عنه]-:

وهذا كما قال؛ إذا أقرَّ العبد بسرقةٍ يُقطَع في مثلها أو زنى أو قَتَل أو ما يلزمه في بدنه؛ قُبل إقراره وأقيم عليه.

وقال في كتاب ابن عبد الحكم: «في العبد يقرُّ بأنه قَتَل عبدا عمدا: إنه إنْ أتى بيقين أنه رُئي يقتله أو يتبعه؛ وإلا فليس ذلك بشيء»[4].

والصحيح: أنَّ إقراره بما[5] فيه قتل أو قطع أو عقوبة في بدنه مقبول.

وبه قال أبو حنيفة والشافعي[6].

---

(1) في (ع): (المخلس).

(2) في (ع): (و).

(3) زيادة من (ع).

(4) ينظر: المختصر الكبير لابن عبد الحكم (ص: 416)، ونسب ابن أبي زيد في النوادر والزيادات (13/ 294-295) هذا القول لأشهب.

(5) في (ع): (فيما).

(6) ينظر: التجريد (11/ 6049)، ومختصر المزني (ص: 155)، وقد ادعى ابن المنذر في الأوسط (12/ 548) الإجماع على إقامة الحد عليه.

وقال قوم: «لا يقبل إقراره على كل وجه»[1].

والذي يدلُّ على ما قلناه:

قوله ﷺ: «مَن أصاب مِن هذه القاذورات شيئا فليستتر بستر الله، فإنه مَن يُبدِ لنا صفحته نُقم عليه كتاب الله»[2]، ورُوي: «حدَّ الله»[3]؛ فعمَّ ولم يخص حرًّا مِن عبد.

فإنْ قيل: نحن نقول بموجب هذا؛ لأنَّ كتاب الله يوجب أنَّ العبد لا يُقبل إقراره لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا﴾[الأنعام: 164]، وهذا متى قبلنا إقراره كان في ذلك كسبه على غيره، وهو السيِّد.

فالجواب: أنَّ ما قالوا[4] غير صحيح؛ لأن مفهوم قوله: «فإنه مَن يُبْدِ لنا صفحته نقم عليه كتاب الله» أنَّا نأخذه بإقراره ونُلزمه إياه، وإذا ستر على نفسه ولم يعترف؛ لم يُعلم، فلَمْ نأخذه به.

فأمَّا أنْ يكون حال إظهاره كحال ستره في أنه غير مأخوذ به؛ فهذا خلاف الخبر.

فأما الظاهر: فإنما يفيد أنَّ إقرار الإنسان على غيره المجرد لا معتبر به.

فأما إذا أقرَّ بشيء يلزمه في نفسه وتعلَّق بذلك حقُّ غيره؛ فلا يوصف بأنَّه كاسبٌ على غيره، بل هو كاسبٌ على نفسه، وإن تعلَّق بذلك حقُّ غيره،

---

(1) ينظر: الحاوي الكبير (13/ 340).

(2) تقدم تخريجه (ص: 443).

(3) لم أجده مسندا بهذا اللفظ فيما بين يدي من مراجع، وينظر: الحاوي للماوردي (7/ 3).

(4) في (ع): (قالوه).

وعلى أنَّ الإطلاق مِن ذلك يفيد الوصف بأغلب الأمرين وأرجحهما.

ومعلومٌ أنَّ العبد إذا أقرَّ بقتلٍ عمدٍ؛ فإنَّ ما يكسبه على نفسه أكثر وأشد مما يكسبه على سيده.

ثم أكثر ما في الباب أنْ يكون لنا مِن الظاهر مثل ما لهم؛ وذلك أنَّا نحتج بالإثبات كما احتجوا بالنفي، فنقول: إنَّ هذا الإقرار مِن العبد يوجب كسبا على نفسه وعلى غيره؛ فلستم بأن تمنعوه مِن حيث كان كسبا على غيره إلا ولنا أنْ نُثبته مِن حيث كان كسبًا على نفسه.

ويدلُّ على ما قلناه أيضًا:

أنَّ العبد لا يُتَّهم بإقراره على [و/ 36] نفسه بالزنى أو القتل أنْ يكون إنما أقرَّ بذلك ليضرَّ بسيده؛ لأنَّ ما يلحقه مِن التلف أو الألم أضر مما يلحق السيد مِن ذهاب ماله الذي هو ثمنه أو بعضه، والعادة تنفي هذه التهمة أنْ يتعمد الإنسان إتلاف نفسه أو قطع بعض أعضائه ليُضِرَّ بغيره ويذهب بماله.

وإذا كان الأمر كذلك؛ فكل عاقل مكلَّف يُقِرُّ، فإقراره على نفسه لا يتهم فيه؛ فإقراره مقبول، أصله: الحر.

وبهذا فارق إقراره بالدَّين وبالجناية على المال؛ لأنَّ ذلك يتهم فيه أنْ يكون أراد الإضرار بسيِّده؛ لأنه ليس عليه في ذلك ضرر.

ولأنه مقرٌّ بالقتل أو الزنى مع التكليف؛ فوجب أنْ يقتل أو يجلد، أصله: الحر.

واحتج مَن خالفنا:

بقوله ﷺ: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيبِ نفسٍ منه»[1]، وهذا العبد مال للسيد، وفي قبول إقراره على نفسه بالقتل أو الزنى استحلالُ مالِ السيِّد مِن غير طيب نفس منه.

فالجواب: أنَّ الأُمة مجمعة[2] على أنَّ هذا في غير الواجبات، وأنَّ الواجب لا يُراعى فيه طِيب نفسِ صاحب المال بإخراجه فيه؛ وإذا كان كذلك لم يكن في الظاهر دلالة على موضع الخلاف.

قالوا: ولأنه مقرٌّ على سيِّده بإتلاف مال عليه؛ فلم يقبل إقراره، أصله: إذا أقرَّ على نفسه بدَين أو بجناية في مال.

الجواب: أنَّا لم نقبل إقراره في ذلك لأنه يتهم فيه أنْ يكون أراد الإضرار بسيده بإخراج رقبته عن ملكه، وليس كذلك في إقراره بالقتل أو الحد؛ لأنه لا يتهم فيه.

قالوا: ولأنه لو أقرَّ على عبد لسيِّده آخر بالقتل أو الزنى لم يقبل قوله؛ لأنَّ في ذلك إتلاف مال السيد بقوله؛ فكذلك إقراره على نفسه.

فالجواب: أنَّ موضوع هذا فاسدٌ.

ولأنَّ إقرار الإنسان على غيره لا يقبل، وإقراره على نفسه مقبول، وليس في تعلُّق إقراره بإسقاط حقِّ [الغير ما][3] ينفي ثبوته؛ ألا ترى أنه لو أقرَّ على

---

(1) تقدم تخريجه (ص: 48).

(2) في (ع): (مجتمعة).

(3) في (خ) ما صورته: (الغرما)، والمثبت من (ع).

نفسه بوجوب صلاة أو صيام للزمه ذلك، وإنْ كان فيه إسقاط حقِّ السيِّد مِن إتلاف منافعه تلك الأوقات؛ فكذلك هذا.

وكذلك المرأة إذا أقرَّت بانقضاء عدَّتها؛ فإنَّ هذا الإقرار يتعلق به إسقاط حق المطلِّق مِن الرجعة، ومع ذلك فهو مقبول؛ كذلك هذا، والله أعلم.

فصلٌ:

فأمَّا إقراره على نفسه بالديون والجناية على الأموال فلا يُقبل؛ لأنَّ ذلك إقرارٌ منه مجرَّد على سيِّده، فيُتهم أنْ يكون أراد الإضرار بسيده؛ فلا[1] يقبل منه، ولم يقارن إقراره بذلك ما ينفي عنه التهمة فيقبل، مثل ما [قارن][2] إقراره بالقتل والزنى؛ لأنَّ هناك ضرر يلحقه في بدنه؛ إما بالتلف أو بقطع بعض الأعضاء أو بغير ذلك مما ينفي أنْ يُتَّهم الإنسان في أنْ يُقر به على نفسه لدفع حقِّ غيره؛ وإذا كان كذلك لم يقبل منه.

والله أعلم.

مَسْألَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ولا قَطع في ثمر[3] معلَّق، ولا في الجُمَّار في الشجر[4]، ولا في الغنم الراعية

---

(1) في (ع): (فلم).

(2) في (خ): (فارق)، والمثبت من (ع).

(3) في (ع): (تمر).

(4) في (ع): (النخل).

حتى تُسرَق مِن مُرَاحِها، وحتى يسرق[1] التمر مِن الأَنْدَر[2]).

قال القاضي -رحمه الله-:

هذا[3] لقوله ﷺ: «لا قطع في ثَمَر ولا كَثَر»[4]، ومعنى ذلك: إذا كان في رؤوس النَّخل والشجر؛ لأنه لم يضعه مَن يقصد[5] إحرازه فيه، وإنما هو موضوع بفعل الله تعالى لا بفعل آدميٍّ.

فأما إذا آواه الجرين؛ ففيه القطع، رطبا كان أو يابسا.

هذا قولنا وقول الشافعي[6].

وقال أبو حنيفة: لا قطع في الأشياء الرطبة وما يسرع الفساد إليه[7].

لقوله ﷺ: «لا قطع في ثَمَر ولا كَثَر».

ولأنَّ ما يُحرز لغيره لا قَطع فيه، وإنْ كان مُحرَزا بنفسه، فما يحرز بغيره وليس بمحرز بنفسه[8] أولى بأنْ لا يقطع فيه.

---

(1) قوله: (حتى يسرق) ليس في (ع).

(2) الأَنْدَرُ: الموضع الذي يكدس فيه الطعام بلغة أهل الشام.

(3) في (ع): (إنما قال هذا).

(4) رواه أبو داود (4388) والترمذي (1449) والنسائي (4966) وابن ماجه (2593)، وقال ابن حجر في التلخيص الحبير (6/ 2772): «اختلف في وصله وإرساله، وقال الطحاوي: هذا الحديث تلقت العلماء متنه بالقبول».

(5) في (ع): (لقصد).

(6) ينظر: النوادر والزيادات (14/ 399-400)، والأم (7/ 378).

(7) ينظر: التجريد (11/ 5969-5973).

(8) في (ع): (يحرز لنفسه).

ودليلنا:

قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوٓا۟ أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: 38]؛ فعمَّ.

وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن [عمرو][1]: أنَّ النبي ﷺ سئل عن الثمرة[2] المعلَّقة، فقال: «مَن سرق منه شيئا بعد أنْ آواه الجرين [وبلغت][3] قيمته المجنَّ؛ ففيه القطع»[4].

ولأنه تناول[5] نصابا مِن مالِ مَن لا شبهة له في ماله مِن حرز مثله؛ فأشبه اليابس.

ولأنَّ القطع يراد للزَّجر، وذلك يحتاج إليه في الرطب كما [و/37] يحتاج إليه في اليابس.

فأما الخبر؛ فمُرتَّب على ما رويناه، والاستدلال متكسر[6] بالسَّاج[7] إذا اندفن في الأرض فإنه ليس بحرز، ولأنه يَعفن عن سرعة[8].

(1) في (خ) و(ع): (عمر)، والتصويب من مصادر التخريج.

(2) في (ع): (التمر).

(3) في (خ) ما صورته: (وبلغته)، والمثبت من (ع).

(4) رواه أبو داود (1710) والنسائي (4958)، من طريق ابن عجلان عن عمرو بن شعيب، به، في سياق أطول، وقال الزيلعي في نصب الراية (3/ 363): «اعلم أن الترمذي روى هذا الحديث في البيوع عن ابن عجلان به مختصرا، لم يذكر فيه السرقة، وقال: «حديث حسن»، ووقفه ابن أبي شيبة في مصنفه»، وقال ابن الملقن في البدر المنير (8/ 653): «هذا الحديث حسن».

(5) في (ع): (يتناول).

(6) في (ع): (منكسر).

(7) الساج: ضرب من الخشب.

(8) في (ع): (سرعته).

وأما الغنم في الرعي؛ فكذلك أيضًا لا قطع فيها؛ لأنها متكسرة[1] في غير حرز، فإذا آواها إلى المُراح وجب فيها القطع؛ لأنها تلحق حينئذ بالحرز. والله أعلم.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ولا يُشفع لمن بلغ الإمام في السرقة والزنى، واختلف في ذلك في القذف).

قال القاضي -رحمه الله-:

هذا لأنَّ الحد في الزنى والسرق[2] حق لله تعالى، فاستيفاؤه واجب لا يسقط بشفاعة إمام ولا غيره؛ لأنه ليس لأحدٍ أنْ يسقط حق الله تعالى، ولا أنْ يشفع أحدٌ في إسقاطه.

وقد رُوي عن النبي ﷺ أنَّه قال: «إذا بلغ الحدُّ الإمام؛ فلعن الله الشافع والمشفَّع»[3].

وقال لصفوان لمَّا عفا عن سارقه: «هلَّا قَبْل أنْ تأتيني به»[4].

---

(1) في (ع): (منكسرة).

(2) في (ع): (والسرقة).

(3) رواه مالك في الموطأ (3087)، من قول الزبير بن العوام موقوفا عليه، وقال ابن عبد البر في الاستذكار (7/ 540): «هذا خبر منقطع، ويتصل مِن وجه صحيح»، ورواه الدارقطني في سننه (3467)، من طريق عروة بن الزبير عن أبيه، مرفوعا، وقال عبد الحق في أحكامه (4/ 95): «في إسناده: محمد بن موسى بن مسكين أبو غزية، وهو ضعيف... والموقوف هو الصحيح».

(4) تقدم تخريجه (ص: 529).

فأما في القذف:

فوجه قوله: «إنه ليس له أنْ يعفو عنه إذا بلغ الإمام»:

قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً﴾ [النور: 4][87/ب]، وهذا على وجوبه.

ولأنه حدٌّ مِن الحدود فلم يكن للآدمي فيه عفو؛ اعتبارا بسائر الحدود.

ولأنه حدٌّ تختلف فيه حال الحر والعبد؛ فأشبه حدَّ الزنى.

ولأنَّ في جلد القاذف حكما لتفسيقه[1] وردِّ شهادته، ولا سبيل إلى فعل ما أسقط ذلك، لكونه حقا لله تعالى.

ولأنَّ هذا مبنيٌّ على أنَّ حدَّ القذف[2] حق لله تعالى وإنْ تعلَّق به حق آدمي.

ودليل ذلك: أنَّ العقوبات ما كان حقًّا لله تعالى يختلف فيه حكم العبد والحر، وما كان مِن حقوق الآدميين لا يختلف فيه حكمها؛ كالقصاص لمَّا كان حقا لآدمي استوى فيه الحر والعبد، وأنَّ حدَّ الزنى لمَّا كان حقًّا لله تعالى اختلف فيه حكمهما.

ووجه قوله: «إنَّ له أنْ يعفو عنه»:

أنَّ ذلك مِن حقوق الآدميِّين؛ بدليل أنَّ الإمام لا يقيمه إلا إذا طالب به المقذوف، بخلاف حدِّ الزنى وغيره.

وإذا كان حقًّا له؛ كان له أخذه وله تركه، لأنه إنما وجب لأنه

---

(1) في (ع): (بفسقه).

(2) في (ع): (القاذف).

ألحق[1] بالمقذوف عارا، فكان للمقذوف أنْ يزيله، وله أنْ يتركه.

ولأنه قد يريد الستر على نفسه، ويخاف إنْ أخذه به أنْ يقيم القاذف البينة؛ فيثبت العار على المقذوف، والله أعلم.

فصل:

وإذا وهب المسروق منه ما سُرق منه للسارق؛ لم يسقط القطع عنه.

وبه قال الشافعي[2].

وقال أبو حنيفة: «يسقط القطع عنه»[3].

والدليل على ما قلناه:

قوله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ﴾ [المائدة: 38].

وقوله ﷺ: «القطع في رُبع دينار فصاعدا»[4].

ويدلُّ عليه:

حديث صفوان لمَّا قال في سارق ردائه: «هو صدقةٌ عليه»؛ قال ﷺ: «هلَّا قَبل أنْ تأتيني به»[5]؛ وهذا صريح أنَّ[6] الهبة لا تُسقط القطع.

فإن قيل: إنما لم يَحكم بسقوط القطع لأنَّ السارق لم يقبل الصدقة، وإنما

---

(1) في (ع): (يلحق).

(2) ينظر: الأم (7/ 325-327).

(3) ينظر: شرح مختصر الطحاوي للجصاص (6/ 276-279).

(4) تقدم تخريجه (ص: 529).

(5) تقدم تخريجه (ص: 529).

(6) في (ع): (في أن).

يسقط القطع إذا قَبِل الهبة أو الصدقة.

قيل له: إنَّ النبي ﷺ لم يعرض[1] للقبول، وإنما اعتبر رفعه إليه.

فإن قيل: إنَّ هذا[2] الخبر حجة لنا لأنه قال: «هلا قَبْل أنْ تأتيني به»؛ يعني: هلا تصدَّقت عليه قَبْل أنْ تأتيني به، قيل له: إنه لو تصدَّق عليه قَبْل الترافُع يسقط القطع، وإذا ثبت أنَّه يسقط قَبْل الرفع ثبت أنه يسقط بُعَيده، إذ لا أحد يُفرِّق.

[3] **قيل له**: لم يُرِد النبي ﷺ أنه لو تصدَّق قَبْل الرَّفع له لَسَقَط القطع، وإنما أراد أنه كان يتعذر القطع لعدم ثبوته عنه.

ومن جهة الاعتبار:

فلأنَّ حدوث الملك بعد وجوب الحد لا يسقط الحد؛ بدليل أنه لو زنى بأمَةٍ ثم ملكها أو بحُرَّة ثم تزوجها فإنَّ الحد لا يسقط عنه.

ويحكون عن أبي حنيفة في الأمَة روايتين[4].

وهذا خلاف الأصول.

ولأنَّا [و/ 38] وجدنا الاعتبار في الحدود بحال الوجوب لا بحال الاستيفاء والإقامة؛ بدليل أنه لو سرق ما قيمته دون النِّصاب فلم يقطع حتى صار نصابًا؛ فإنه لا قطع عليه.

---

(1) في (ع): (يتعرض).

(2) نهاية الموجود من النسخة (خ).

(3) في (ع): (فصل)، وحذفها أليق بالسياق.

(4) ينظر: التجريد (11/ 5990).

وكذلك البكر إذا زنى ثم أحصن قبل الجلد؛ فإنه يجلد ولا يرجم.

والعبد إذا زنى ثم أُعتق؛ فإنه يحد حدَّ عبد.

كذلك في مسألتنا؛ يجب أنْ لا يسقط الحد بكونه مالكا للمسروق في حال الإقامة؛ لأنه في حال الوجوب لم يكن مالكا له.

ولأنه حصل سارقًا لنصابٍ مِن حرز مِن مال لا شبهة له فيه؛ فوجب قطعه، أصله: إذا لم يهبه له.

واحتجَّ مَن خالفنا:

بأنه قال: لأنَّ الإنسان لا يُقطع في مِلك نفسه، وهذا الشيء قد صار ملكا للسارق، فلو قطعنا [لقطعنا][1] في ملك نفسه؛ وذلك غير جائز.

فالجواب: أنَّا لسنا نقطعه لهذه الحال، ولكن لحال التناول، وتلك الحال لم تكن للمسروق، فلم يسقط القطع عنه بعد ذلك في هذا، كما نحدُّه في الزنى بالأمَة التي لم تكن مِلكَه في حال الزِّنى، وإنْ ملكها مِن بَعد، لا أنَّا حددناه في ملكه؛ لكن لأنه في حال التناول لم يكن مالكًا؛ فكذلك السرقة.

قالوا: ولأن الطارئ مِن الشبهة في الحدود بمنزلة وجوده في حال التناول؛ أصل ذلك: الشهادة.

فالجواب: أنَّ هذا ليس بشبهة في سقوط الحد، وينتقض بهبة المزني بها.

وقالوا: ولأنَّ حد السرقة لا يثبت إلا بالمطالبة مِن المسروق منه، ومتى ذهب؛ لم تصح منه مطالبة.

---

(1) زيادة يقتضيها السياق.

فالجواب: أنَّ هذا غير صحيح؛ لأنَّ الشهود لو شهدوا على رجل أنه سرق مال غيره قُطع، ولم ينظر إلى مطالبة صاحب المال؛ كشهادتهم عليه أنه زنى، فإنه يحد سواء طالبت المزني بها بذلك أم لا.

قالوا: ولأنَّ السرقة حالين: حال إخراج، وحال قطع.

وقد ثبت أنه لو كان الشيء في حال التناول ملكًا له؛ بأن كان وديعة عند المأخوذ منه لسارقه لم يقطع، فكذلك إذا كان ملكا له في حال القطع.

فالجواب: أنَّ أحد الطرفين مخالف للآخر؛ لأنَّ المال إذا كان في حال التناول ملكًا له -بأنْ كان وديعة عند المأخوذ منه لسارقه- لم يقطع؛ فكذلك إذا كان ملكا له؛ فلا يتعلق عليه به حدٌّ، وكما لو كان قيمته دون النصاب، ثم صار وقت القطع نصابًا؛ فلا معتبر بذلك.

وليس كذلك في حال القطع؛ لأنه طرأ بعد تعذُّر الوجوب، كما ذكرناه في الزنى، وبالله التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ومن سرق مِن الكُمِّ قُطع).

قال القاضي -رحمه الله-:

هذا لأن الكمَّ حِرزٌ لِما يكون فيه؛ لأنَّ العادة جارية في أنَّ الناس يحرزون [أكسابهم][1] ودراهمهم في أكمامهم، وشهرة ذلك فوق أنْ نَدُلَّ عليها.

---

(1) في (ع): (أكياسهم)، والمثبت من شرح الهسكوري [115/أ] نقلا عن المصنف.

وإذا كان الأمر كذلك؛ كان السارق منه سارقا مِن حِرز، فلزمه القطع.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ومَن سرق مِن الهُرِيِّ[1] وبيت المال والمَغنم فليُقطع، وقيل: إنْ سرق فوق حقه مِن المَغنم بثلاثة دراهم قُطع).

قال القاضي -رحمه الله-:

وجهُ إيجاب القَطع:

قوله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ﴾[المائدة: 38]؛ فعمَّ.

وقوله ﷺ: «القطع في ربع دينار»[2].

ولأنه سَرق مالًا مِن حرز لا شبهة له في عينه؛ فوجب أنْ يلزمه القطع، اعتبارا بالسرقة مِن غير المَغنم.

ولأنه سرق مِن مال تقبل شهادته فيه؛ فوجب قطعه، أصله: إذا سرق مال أجنبي.

ووجهُ إسقاط القَطع-وهو قول عبد الملك-:

أنَّ له في هذا المال شبهة؛ فلم يقطع بسرقته منه، [كالأب][3] إذا سرق مِن مال ابنه.

---

(1) قال الفاكهاني في التحرير والتحبير (6/ 81): «رويناه بتشديد الياء، وكأنه موضع يختص بالطعام».

(2) تقدم تخريجه (ص: 529).

(3) في (ع) ما صورته: (كالأدب)، والمثبت أليق بالسياق.

والَّذي يَدلُّ على شبهة المِلك:

هو أنَّ الغنيمة [لجملة][1] المسلمين وهو واحد منهم، فكان كأحد الشريكين إذا سرق مِن مال الشركة؛ أنه لا قَطع عليه، لثبوت [و/ 39] الشبهة له فيه.

ولأنَّ القطع في السرقة هو حقٌّ لجميع المسلمين، وليس هاهنا مطالب بعينه عند إمام، وإذا كان الأمر كذلك؛ لم يكن حقُّ الجماعة أولى مِن حقِّ هذا السارق، لأنه وإياهم في حقِّ بيت المال سواء.

فالجواب أنْ يُقال: ما ثبوت الشبهة ينفي وجوب القطع، لأنها ليست بشبهة مُنفرِدة، وإنما هي كتعلُّق حقوق الفقراء في أموال الأغنياء مِن جهة الزكاة، وقد عُلم أنَّ ذلك لا يُسقط القطع؛ فكذلك هذا.

وأما الأب إذا سرق مِن مال ابنه فله شبهة المِلك، وكذلك الشركاء لكل واحد مِلكٌ مُعيَّن مقدَّر، وليس كذلك المَغنم لأنه ليس [لإنسان][2] معيَّن حقٌّ فيه لعينه؛ فكذلك بيت المال، وإنما هو لجماعة المسلمين، ويتعيَّن ملكهم فيه بقَسْم الإمام.

ويُبيِّن ذلك:

ما قلناه مِن أنَّ شهادته تُقبل فيه، ألا ترى أنه لو رأى رجلا يبيع منه شيئا أو

(1) في (ع) ما صورته: (يحمله)، والمثبت أليق بالسياق.

(2) في (ع): (للإنسان)، والمثبت أليق بالسياق.

[يهبه][1]، فشهد عليه لقُبلت شهادته عليه، فلو كانت شبهته فيه مانعة مِن القطع؛ [لم][2] تقبل شهادته كما لا تقبل في مالٍ بينه وبين شريك آخر.

يؤيد أيضًا ذلك: أنه لو أعتق نصيبه مِن المغنم وبيت المال لم يصحَّ عتقه، ولو كان بمنزلة الشريك [لوجب][3] أنْ ينفذ عتقه وتلزمه القيمة في يسيره؛ كالعبد بين الشريكين.

وفي عدم ذلك دليل على أنَّ مِلكه فيه بمنزلة ما ذكرناه مِن مِلك الفقراء في أموال الأغنياء بالزكاة، ومِلك الغريم فيما في يد المديان.

وما قالوه: «مِن أنَّ القطع في السرقة حقٌّ لجميع المسلمين»؛ غير مسلم، لأنَّ القطع حق لله -عزَّ وجلَّ- لا يحتاج إلى مطالبة أحدٍ ولا يُقطع مِن أجله؛ فلم يلزم ما قالوه، وبالله التوفيق.

فصلٌ:

فأما اشتراطه -على هذا القول- قدر ماله فيه أو دونه، فإنْ زاد على ذلك ربع دينار لزم القطع؛ فلأنَّ الشبهة له في هذا القدر دون ما زاد عليه، وإذا سرقه كان سارقًا لِمَا لم يكن أنْ يتعيَّن ملكه فيه.

فإذا زاد ربع دينار فقد حصل سارقًا بنصاب لا شبهة له فيه؛ فلزم القطع.

والله أعلم.

---

(1) في (ع): (يهبة)، والمثبت أليق بالسياق.

(2) في (ع): (ولم)، والمثبت أليق بالسياق.

(3) في (ع): (يوجب)، والمثبت أليق بالسياق.

مسألة

قال -رحمه الله-:

(ويُتَّبع السَّارق إذا قُطع بقيمة ما فات مِن السرقة في مَلائه، ولا يتَّبع في عَدَمِهِ، ويُتَّبع في عَدَمِهِ بما لا يُقطع فيه مِن السرقة).

قال القاضي -رحمه الله-:

لا يخلو المسروق أنْ يكون باقيا في يد السارق أو فائتا.

فإن كان باقيا: فلا خلاف في وجوب ردِّه.

والدليل على ذلك:

أنه مِلكُ مَالكِهِ قبل أنْ يُسرق، والسَّرقة لا تُزيل مِلكه عنه؛ وإذا ثبت أنه مِلكُه ولم يتعلق به حقُّ الغير وجب ردُّه.

ولأنه مملوك أُخذ مِن مالكه ظُلما بغير حقٍّ؛ فوجب ردُّه مع القدرة عليه، أصله: إذا غصبه.

والقطع واجب؛ لأنَّ السرقة حاصلة، والقطع لأجلها لا لتلف المال أو لبقائه.

وإن كان تالفًا: فلا يخلو السارق أنْ يكون مُوسِرا أو مُعسِرا:

فإنْ كان مُوسِرا؛ قُطع واتُّبع بقيمة المسروق.

وإنْ كان مُعسِرا؛ قُطع ولم يُتَّبع.

هذا إذا كان القدر المسروق ما يُقطع في مثله.

وإنْ كان مما لا يقطع فيه؛ لم يُقطع، واتُّبع بقيمته مُوسِرا كان أو مُعسِرا.

وعند أبي حنيفة: أنَّ المسروق إذا تلف فإنَّ المسروق منه بالخيار، إنْ شاء أغرم السارق القيمة ولا يقطع، وإن شاء ترك القيمة فقطعه الإمام.

وليس للمسروق منه المطالبة بالقطع أصلًا.

وأنَّ عنده: أنَّ المسروق منه [إذا][1] أتى بالسارق إلى الإمام وأثبت عليه السرقة، وقد تلفت العين؛ فإنَّ الإمام يسأل المالك هل يَطلُب القيمة أو يَترُك[2].

وعند الشافعي: أنه يُغرم ويُقطع على كل حال، مُوسِرا كان أو مُعسِرا[3].

فالكلام في هذه المسألة في موضعين:

أحدهما: إذا كان مُعسرا هل يتَّبع بالقيمة [4].

والدليل على لزوم القيمة له في اليسار:

قوله -عزَّ وجلَّ-: ﴿فَمَنِ ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ فَٱعۡتَدُواْ عَلَيۡهِ بِمِثۡلِ مَا ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ﴾ [البقرة: 194]، والمِثْل يكون مِن طريق الخِلقة والقيمة، وأيَّ ذلك كان؛ فإنه يوجب للمسروق منه حق المطالبة، لأنه معتدى [و/ 40] عليه.

وفي قوله ﷺ: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيبِ نفسٍ منه»[5]؛ فإذا

---

(1) في (ع): (اذ)، والمثبت أليق بالسياق.

(2) ينظر: شرح مختصر الطحاوي للجصاص (6/ 260-262)، والتجريد (11/ 6016-6021).

(3) ينظر: الأم (7/ 384).

(4) بياض في (ع) بمقدار نصف سطر، وعلى هامشه: (بياض) للدلالة أنه هكذا في الأصل المنقول منه، ولعل تقديره: (والثاني: هل يُسقط الغرمُ القطعَ)

(5) تقدم تخريجه (ص: 48).

قلنا: إنَّ السارق لا يُتَّبع بالقيمة؛ فقد أحللنا له مال المسروق منه مِن غير طيب نفس منه.

وقد ذكر أصحابنا عِللًا في لزوم القيمة، وكلها تنتقِض بحال الاعتبار.

والأوْلى أنْ يُصرف الكلام إلى وجوب إمكان القطع والغرم؛ لأنهما لا يتنافيان.

والَّذي يبيِّن ذلك: أنَّ السَّبب الموجب للقطع غير السبب الموجب للغرم؛ وذلك أنَّ القيمة تجب لأجل إتلاف ملك آدمي، والقطع يجب لحقِّ الله تعالى؛ وهو إخراج المال المسروق مِن الحرز.

والأصول موضوعة على أنَّ كل [قضاء][1] في مالٍ أو بدلٍ [بِسَبَبَيْن][2] مختلفين؛ أمكن أن يجتمعا ولم يناف أحدهما الآخر، أصل ذلك: إذا أتلف صيدًا مملوكا في حال الإحرام والحَرَم، وأنَّ القيمة تلزمه لمالكه، والجزاء يلزمه لحق الله عزَّ وجلَّ.

فإن قيل: تبطل بمن معه الخمس مِن الإبل ابتاعها للتجارة، ثم يُحال عليها عنده الحول، فقد اجتمع هاهنا حقان مختلفان؛ وهما زكاة العين وزكاة القيمة، ومع ذلك فلا يلزمه جمِيعا.

قيل له: لا يلزم هذا على قولنا؛ لأنَّ لنا فيه [تفصيلًا][3].

---

(1) في (ع) ما صورته (فيصا)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) في (ع): (شيئين)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(3) في (ع): (تفصيلان)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

ولو سلمناه؛ لم يلزم هذا، لأنَّ السبب الموجب للحق واحد، وهو الزكاة المراد بها الطهرة، وفي مسألتنا [سَبَبَان][1] مختلفان؛ أحدهما [2].

ولأنها عين تعلق بها حق الله -عزَّ وجلَّ- وغُرم؛ فجاز أنْ يجتمع الحدُّ والغُرم؛ أصله: إذا غصب أمَةً فوطئها فتلفت؛ أنَّ الحد يلزمه مع القيمة.

ولأنَّ الغرم استيفاء حقِّ آدمي؛ فليس يُسقط [حقَّ][3] الله -عزَّ وجلَّ-، أصله: ما ذكرناه.

والحُرَّة إذا اغتُصبت فإنه يلزمه الحدُّ والمهر.

ومخالفنا يقول: إذا أعطى القيمة سقط القطع.

ولأنَّ كل حقٍّ لزمه في العين المسروقة لآدمي فإنه لا ينافي لزومه مع لزوم القطع؛ أصله: ردُّ العين؛ لا خلاف بيننا أنه إذا كانت العين باقية فإنَّ القطع والردَّ واجبان؛ كذلك القيمة مع القطع إذا تلفت العين.

واحتجَّ مَن خالفنا:

بقوله -عزَّ وجلَّ-: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا جَزَآءًۢ بِمَا كَسَبَا نَكَٰلًا مِّنَ ٱللَّهِ﴾ [المائدة: 38]؛ فأوجب الله -عزَّ وجلَّ- بما كسبه مِن السرقة والإتلاف وإخراج المال مِن الحرز؛ كل ذلك أوجب له جزاء واحدا وهو القطع، ففي إيجاب الغُرم عليه مع إيجاب القطع جزاء؛ وهذا خلاف الظاهر.

---

(1) في (ع): (شيئان)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) بياض في (ع)، ولعل تقديره: (أحدهما الحد والآخر الغرم) أو (أحدهما لله عز وجل، والآخر لآدمي).

(3) في (ع): (حد)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

فالجوابُ: عن هذا أجوبة:

أحدها: -ما أجاب به بعض أصحابنا- وهو أنَّ الظاهر لم يُفد أنه لا جزاء لفعلهما إلا القطع، وإنما أفاد كونه جزاء له، ونحن نقول بذلك.

فأما أن لا جزاء له غيره؛ فليس في الظاهر، وذلك كقوله -عزَّ وجلَّ-: ﴿إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ﴾ الآية [المائدة: 33]، ولم يمنع أنْ يلزمهما الغُرم؛ فكذلك هذا.

وفي هذا الجواب نظر، وأوْلى منه: أنَّ الظاهر يوجب أنه لا جزاء بالسرقة إلا القطع؛ لأنه -عزَّ وجلَّ- قال: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾، ثم قال -جلَّ ذِكْره-: ﴿جَزَآءَۢ بِمَا كَسَبَا﴾؛ فهذا الإجمال محال به على التفسير الَّذي قبله، كأنَّ تقديره: جزاءً بالسرقة التي اكتسباها.

ونحن كذلك نقول: إنَّ الغرم ليس يجب عليه لأجل السرقة، وإنما يجب عليه بالإتلاف؛ بدليل: أنها لو كانت باقيةً لم يلزمه غُرمٌ، وإنما كان يلزمه رَدُّها فقط.

والجواب الثالث: أنَّ التلف قد يكون مِن فِعل السارق، ومِن غير فعله، وإذا كان مِن فِعل الله -عزَّ وجلَّ- بأن تموت العين أو تهلك مِن غير صُنعٍ مِن السارق؛ لم يوصف ذلك بأنه كسبٌ له؛ فلا يكون في الظاهر دلالة على هذا القِيل مِن المسألة.

والرَّابع: أنَّ لنا مِن الظاهر مثل ما لهم، وذلك أنَّ الله -جلَّ وعزَّ- أوجب القطع وحتمه على كل وجهٍ، طلب المالك قيمة ماله أو لم يطلب.

وعندهم: أنَّ القطع لا يتحتم، فإنما يلزم تخيُّر المالك، فإنِ اختار إسقاط الغُرم عن السارق؛ لزم، وإن اختار [و/ 41] أخذه به؛ سقط القطع.

وإذا ثبت انحتام القطع بالظاهر؛ سقط ما قالوه.

والخامس: أنهم يقولون: «يلزمه رد العين مع القطع -لا خلاف في ذلك- إذا كانت باقية»؛ فقد تركوا الظاهر -مِن هذا الوجه- بإلزامهم إياه بردِّ العين والقطع، فما ينقطعون به عن إلزامنا إياهم ردَّ العين في القيمة؟

قالوا: ورُوي عن النبيِّ ﷺ أنه قال: «إذا أُقيم على السَّارق الحَدُّ؛ فلا غُرم عليه»[1]، وهذا نصٌّ في أنهما لا يجتمعان.

فالجواب: أنه محمول على أحد أمرين:

إما على أنه ليس عليه أجرة القطع.

أو على أنَّ معناه إذا كان مُعسِرا.

وهذا أوْلى؛ لأنَّ الغُرم يُخص بأنه في مقابلة شيءٍ مُتلَف.

قالوا: ولأنَّ السرقة سببٌ واحد؛ فوجب ألَّا يجزئه القطع والمال؛ اعتبارا بالغاصب إذا غصب مالًا وأتلفه لزمه الغُرم دون القطع.

والجواب: أنَّا كذلك نقول: لا يلزمه بالسرقة إلا القطع فقط، وسبب إيجاب الغرم: الإتلاف؛ فهما واجبان بسببين.

---

(1) رواه النسائي (4984)، من طريق المسور بن إبراهيم عن عبد الرحمن بن عوف ، بمعناه، وقال: «هذا مرسل، وليس بثابت»، وقال ابن عبد البر في الاستذكار (24/ 212): «هذا ليس بالقوي عندهم ... ولكنه عندهم غير ثابت لأنه منقطع».

على أنَّ الغصب مما لا يلزم به القطع مع بقاء العين؛ فكذلك مع القيمة، وليس كذلك السرقة؛ لأنَّ القطع يلزم فيها مع ردِّ العين، فكذلك مع ردِّ قيمتها.

قالوا: ولأنَّ الغرامة مِن حكم الغصب، والقطعُ مِن حكم السرقة؛ فإذا حصل منه أحد الأمرين لم يلزمه الغرم والقطع معًا.

كما أنه لمَّا كانت الدية بمَن به حكم قتل الخطأ، والقصاص مِن حكم العمد؛ كان إذا وجد أحدهما منه لا يجب به الآخر؛ كذلك في مسألتنا.

والجواب: أنَّا لا نسلم أنَّ الغُرم مِن حكم السرقة، بل هو والقطعُ مِن حكمها، وهذا هو موضع الخلاف بعينه.

ثم هو منتقض بالزنى، وذلك أنَّ المهر مِن حكم النكاح، والحدُّ مِن حكم الزنى، ثم لم يمنع أنْ يجتمعا في المغصوبة؛ فكذلك في مسألتنا.

قالوا: ولأنَّ الغُرم يُملِّك المُتلَف، لأنه لا يجوز أنْ يجتمع للمالك مِلك البدل والمبدل، وملك السارق في العين المسروقة ينفي القطع.

فالجواب: أنَّ هذا لو ثبت لكان على أصلهم -ونحن قد قدَّمناه-، ولكن لا يصح بناؤه على أصلهم أيضًا، وذلك أنَّ عندهم بنفس الغرامة يُملَك المُتلَف؛ وفي تلك الحال فالمُتلَف معدومٌ لا يصح تملُّكه.

وربما قالوا: إنا نُبيِّن بالغرامة أنَّ المُتلَف كان مَلَكه قبل أنْ يُتلف؛ وهذا أيضًا لا يصح، لأنَّ حال الإتلاف لا يوصف بأنه مُتلِف لمِلكٍ بعينه، وبعد الإتلاف لا يصح أنْ يوصف بأنه مَلَك المُتلَف؛ لأنه معدوم فلا يصح تملُّكه؛ فبطل ما قالوه.

وأجاب بعض أصحابنا بأنْ قال: نقلب هذا عليهم فنقول: لو لم يضمنه لكنا قد ملَّكناه، لأنَّا لم نجد أحدا أتلف بالعداء شيئًا فسقط الضمان بغيره، إلا أنْ يكون مالكًا له، وكلُّ مَن أتلف ملك الغير بالعداء ضمنه؛ ألا ترى أنَّ المحارب يضمن ما استهلك، ثم لا يقتضي تمليكه ذلك.

[وما][1] نقوله في المحارب نقوله في السارق، وبالله التوفيق.

فصل:

والَّذي يدلُّ على سقوط الغرم عنه إذا كان معسرا -خلافا للشافعي- ورودُ السنة:

فذلك ما روى أبو بكر ابن الجهم قال: حدثنا عبد الله بن أحمد بن حنبل، حدثنا عِمران بن بكَّار الحمصي، قال: حدثنا العباس بن طالب، حدثنا [المُفضَّل][2] بن فَضالة [القِتْبَاني][3]، حدثنا [يونس][4] بن يزيد عن سعيد بن إبراهيم عن أخيه المسور عن عبد الرحمن بن عوف، قال: قال النبي ﷺ: «إذا أقيم على السارق الحدُّ؛ فلا ضمان عليه»[5].

والنُّكتة في ذلك -ما قاله أصحابنا-:

---

(1) في (ع): (ما)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) في (ع): (الفضل)، والمثبت من مصادر التخريج.

(3) في (ع): (العتباني)، والمثبت من مصادر التخريج.

(4) في (ع): (أبو بشر)، والمثبت من مصادر التخريج.

(5) رواه الدارقطني في سننه (3395- 3398)، من طرق أعن المفضل بن فضالة، به، بمعناه، ثم قال: «سعيد بن إبراهيم مجهول، والمسور بن إبراهيم لم يدرك عبد الرحمن بن عوف، وإن صح إسناده كان مرسلا».

إنَّ إتلاف المال لا يجب به عقوبتان، ووجدنا الإتْباع بالغرم عقوبة، والقطع عقوبة، فلمَّا عوقب بالقطع؛ لم يجعل عليه عقوبة أخرى.

وبخلاف ذلك إذا كان موسرا؛ لأنَّ القيمة تجب في ماله، وليس ذلك بعقوبة، وإنما العقوبة الإتْباع في الذمة.

فإن قيل: كل مَن لزمه الضَّمان والغُرم مع اليسار لزمه مع الإعسار، أصله: الغاصب.

قيل له: [و/42] ينتقض بالمعتِق عبدًا بينه وبين غيره، وبغير ذلك مما سنذكره.

ولأنَّ الغاصب لزمه الغُرم مع الإعسار لأنها عقوبة واحدة، وليس كذلك في السرقة.

فإن قيل: لأنه سارق أتلف ما سرقه؛ فوجب عليه ضمانه، أصله: إذا كان مُوسِرا.

قيل له: إذا كان مُوسِرا؛ فالعقوبة عليه هي القطع، وإذا كان مُعسِرا؛ فلا تجتمع عليه عقوبتان.

فإن قيل -[فيما][1] يذكرونه-: لأنَّا لم نجد في الأموال المضمونة [فرقا][2] مِن الموسر والمعسر، كالغصب والإفلاس وغير ذلك؛ فكذلك في مسألتنا.

قيل له: ليس هذا؛ لأنَّ الأصول قد فرَّقت بينهما في المعاوضة وغير

(1) في (ع): (فما)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) في (ع): (رقا)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

المعاوضة؛ كنفقة الأبوين والولد، والجزيةُ تؤخذ مِن موسر أهل الكتاب ولا [تتبع][1] معسرهم، وكذلك المعتق حِصَّته مِن عبدٍ بينه وبين شريكه، وغير ذلك.

فإن قيل: لا يخلو السارق أنْ يكون في حكم الغاصب أو [مختلسا][2] مَحوزا له؛ أَخَذ المالَ، وأي ذلك كان، فإنَّ الغُرم يلزمه في اليسار والإعسار.

قيل له: كل هذا [لا][3] يلزمه -كما ذكرناه-.

نقول: إنَّ السارق أصل في نفسه؛ بدليل: وجوب القطع عليه، وغيرُه مِن الغاصبين والمُدانين لا يستحق قطع أعضائها، فإذا كان الأمر كذلك [فَبَان][4] الفرق بينهما، وبالله التوفيق.

فصل:

فأما إذا كانت السرقة دون النصاب فإنه يتَّبع بقيمتها في اليسار والإعسار؛ لأنَّ القطع لا يلزمه، فلم يكن ما يمنعه مِن إتباعه؛ لأنه لا يجتمع عليه عقوبتان، وليس كذلك إذا وجب عليه القطع.

[فبان][5] الفرق بين الموضعين.

والله الموفِّق للصَّواب.

---

(1) في (ع): (تبع)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) في (ع): (محتسا)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(3) زيادة يقتضيها السياق.

(4) في (ع): (وكان)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(5) في (ع): (بان)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

قَائِمَةُ المُحْتَوَيَاتِ

الوَاهِبِ الصَّحِيحِ.

68 مسألةٌ: وَمَنْ حَبَّسَ دَارًا فَهِيَ عَلَى مَا جَعَلَهَا عَلَيْهِ إِنْ حِيزَتْ قَبْلَ مَوْتِهِ، وَلَوْ كَانَتْ حُبُسًا عَلَى وَلَدِهِ الصَّغِيرِ جَازَتْ حِيَازَتُهُ لَهُ إِلَى أَنْ يَبْلُغَ، وَلْيُكْرِهَا لَهُ وَلَا يَسْكُنْهَا، فَإِنْ لَمْ يَدَعْ سُكْنَاهَا حَتَّى مَاتَ بَطَلَتْ.

71 مسألةٌ: وَإِنِ انْقَرَضَ مَنْ حُبِّسَ عَلَيْهِ رَجَعَتْ حُبُسًا عَلَى أَقْرَبِ النَّاسِ بِالمُحَبِّسِ يَوْمَ المَرْجِعِ.

72 مسألةٌ: وَمَنْ أَعْمَرَ رَجُلًا حَيَاتَهُ دَارًا رَجَعَتْ بَعْدَ مَوْتِ السَّاكِنِ مِلْكًا لِرَبِّهَا، وَكَذَلِكَ إِنْ أَعْمَرَ عَقِبَهُ فَانْقَرَضُوا، بِخِلَافِ الحُبُسِ، فَإِنْ مَاتَ المُعْمِرُ يَوْمَئِذٍ كَانَ لِوَرَثَتِهِ يَوْمَ مَوْتِهِ مِلْكًا.

75 مسألةٌ: وَمَنْ مَاتَ مِنْ أَهْلِ الحُبُسِ فَنَصِيبُهُ يَرْجِعُ عَلَى مَنْ بَقِيَ.

77 مسألةٌ: وَيُؤْثَرُ فِي الحُبُسِ أَهْلُ الحَاجَةِ بِالسُّكْنَى وَالغَلَّةِ، وَمَنْ سَكَنَ فَلَا يَخْرُجْ لِغَيْرِهِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِي أَصْلِ الحُبُسِ شَرْطٌ فَيُمْضَى.

78 مسألةٌ: وَلَا يُبَاعُ الحُبُسُ وَإِنْ خَرِبَ، وَيُبَاعُ الفَرَسُ الحُبُسُ يَكْلَبُ، وَيُجْعَلُ ثَمَنُهُ فِي مِثْلِهِ، أَوْ يُعَانُ بِهِ فِيهِ، وَاخْتُلِفَ فِي المُعَاوَضَةِ بِالرَّبْعِ الخَرِبِ بِرَبْعٍ غَيْرِ خَرِبٍ.

84 كتاب الرَّهن

84 مسألةٌ: وَالرَّهْنُ جَائِزٌ.

85 مسألةٌ: وَلَا يَتِمُّ إِلَّا بِالحِيَازَةِ.

90 مسألةٌ: وَلَا تَنْفَعُ الشَّهَادَةُ فِي حِيَازَتِهِ إِلَّا بِمُعَايَنَةِ البَيِّنَةِ.

91 مسألةٌ: وَضَمَانُ الرَّهْنِ مِنَ المُرْتَهِنِ فِيمَا يُغَابُ عَلَيْهِ، وَلَا يَضْمَنُ مَا لَا يُغَابُ عَلَيْهِ.

101 مسألةٌ: وَثَمَرَةُ النَّخْلِ الرَّهْنِ لِلرَّاهِنِ، وَكَذَلِكَ غَلَّةُ الدُّورِ، وَالوَلَدُ رَهْنٌ مَعَ الأَمَةِ الرَّهْنِ تَلِدُهُ بَعْدَ الرَّهْنِ.

107 مسألةٌ: وَلَا يَكُونُ مَالُ العَبْدِ رَهْنًا إِلَّا بِشَرْطٍ.

107 مسألةٌ: وَمَا هَلَكَ بِيَدِ أَمِينٍ فَهْوَ مِنَ الرَّاهِنِ.

108 مسألةٌ: وَالعَارِيَةُ مُؤَدَّاةٌ؛ يَضْمَنُ مَا يُغَابُ عَلَيْهِ، وَلَا يَضْمَنُ مَا لَا يُغَابُ عَلَيْهِ مِنْ عَبْدٍ أَوْ دَابَّةٍ، إِلَّا أَنْ يَتَعَدَّى.

113 مسألةٌ: وَالمُودَعُ إِنْ قَالَ: «رَدَدْتُ الوَدِيعَةَ إِلَيْكَ» صُدِّقَ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَبَضَهَا بِإِشْهَادٍ.

115 مسألةٌ: فَإِنْ قَالَ: «ذَهَبَتْ» فَهْوَ مُصَدَّقٌ بِكُلِّ حَالٍ، وَالعَارِيَةُ لَا يُصَدَّقُ فِي هَلَاكِهَا فِيمَا يُغَابُ عَلَيْهِ.

116 مسألةٌ: وَمَنْ تَعَدَّى عَلَى وَدِيعَةٍ ضَمِنَهَا.

116 مسألةٌ: وَإِنْ كَانَتْ دَنَانِيرَ فَرَدَّهَا فِي صُرَّتِهَا ثُمَّ هَلَكَتْ فَقَدِ اخْتُلِفَ فِي تَضْمِينِهِ.

124 مسألةٌ: وَمَنْ تَجَرَ بِوَدِيعَةٍ فَذَلِكَ مَكْرُوهٌ، وَالرِّبْحُ لَهُ إِنْ كَانَتْ عَيْنًا، وَإِنْ بَاعَ الوَدِيعَةَ وَهْيَ عَرْضٌ فَرَبُّهَا مُخَيَّرٌ فِي الثَّمَنِ أَوِ القِيمَةِ يَوْمَ التَّعَدِّي.

125 مسألةٌ: وَمَنْ وَجَدَ لُقَطَةً فَلْيُعَرِّفْهَا بِمَوْضِعٍ يَرْجُو التَّعْرِيفَ بِهَا، فَإِنْ تَمَّتْ سَنَةٌ وَلَمْ يَأْتِ لَهَا أَحَدٌ فَإِنْ شَاءَ حَبَسَهَا وَإِنْ شَاءَ تَصَدَّقَ بِهَا وَضَمِنَهَا لِرَبِّهَا إِنْ جَاءَ، وَإِنِ انْتَفَعَ بِهَا ضَمِنَهَا، وَإِنْ هَلَكَتْ قَبْلَ السَّنَةِ أَوْ بَعْدَهَا بِغَيْرِ تَحْرِيكٍ لَمْ يَضْمَنْهَا.

128 مسألةٌ: وَإِذَا عَرَفَ طَالِبُهَا العِفَاصَ وَالوِكَاءَ أَخَذَهَا.

136 مسألةٌ: وَلَا يَأْخُذُ الرَّجُلُ ضَالَّةَ الإِبِلِ مِنَ الصَّحْرَاءِ، وَلَهُ أَخْذُ الشَّاةِ وَيَأْكُلُهَا إِنْ

كَانَتْ بِفَيْفَاءَ لَا عِمَارَةَ فِيهَا.

142 مسألةٌ: وَمَنِ اسْتَهْلَكَ عَرْضًا فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ، وَكُلُّ مَا يُوزَنُ وَيُكَالُ فَعَلَيْهِ مِثْلُهُ.

143 مسألةٌ: وَالغَاصِبُ ضَامِنٌ لِمَا غَصَبَ.

149 فَإِنْ رَدَّ ذَلِكَ بِحَالِهِ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ، وَإِنْ تَغَيَّرَ فِي يَدِهِ فَرَبُّهُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَخْذِهِ بِنَقْصِهِ أَوْ تَضْمِينِهِ القِيمَةَ، وَلَوْ كَانَ النَّقْصُ بِتَعَدِّيهِ خُيِّرَ أَيْضًا فِي أَخْذِهِ وَأَخْذِ مَا نَقَصَهُ، وَقَدِ اخْتُلِفَ فِي ذَلِكَ.

156 مسألةٌ: وَلَا غَلَّةَ لِلْغَاصِبِ، وَيَرُدُّ مَا أَكَلَ مِنْ غَلَّةٍ أَوِ انْتَفَعَ.

165 وَعَلَيْهِ الحَدُّ إِنْ وَطِئَ.

166 وَوَلَدُهُ رَقِيقٌ لِرَبِّ الأَمَةِ.

166 مسألةٌ: وَلَا يَطِيبُ لِغَاصِبِ المَالِ رِبْحُهُ حَتَّى يَرُدَّ رَأْسَ المَالِ عَلَى رَبِّهِ، وَلَوْ تَصَدَّقَ بِالرِّبْحِ كَانَ أَحَبَّ إِلَى بَعْضِ أَصْحَابِ مَالِكٍ.

166 وَفِي بَابِ الأَقْضِيَةِ شَيْءٌ مِنْ هَذَا.

168 بَابٌ فِي أَحْكَامِ الدِّمَاءِ وَالحُدُودِ

168 مسألةٌ: وَلَا تُقْتَلُ نَفْسٌ بِنَفْسٍ

170 إِلَّا بِبَيِّنَةٍ عَادِلَةٍ أَوِ اعْتِرَافٍ أَوْ بِالقَسَامَةِ إِذَا وُجِدَتْ

171 يُقْسِمُ الوُلَاةُ خَمْسِينَ يَمِينًا

179 وَيَسْتَحِقُّونَ الدَّمَ.

183 مسألةٌ: وَلَا يَحْلِفُ فِي العَمْدِ أَقَلُّ مِنْ رَجُلَيْنِ.

184 مسألةٌ: وَلَا يُقْتَلُ بِالقَسَامَةِ أَكْثَرُ مِنْ رَجُلٍ وَاحِدٍ.

187 مسألةٌ: وَإِنَّمَا تَجِبُ القَسَامَةُ بِقَوْلِ المَيِّتِ: «دَمِي عِنْدَ فُلَانٍ».

190 مسألةٌ: أَوْ بِشَاهِدٍ عَلَى القَتْلِ.

190 مسألةٌ: أَوْ شَاهِدَيْنِ عَلَى الجُرْحِ ثُمَّ يَعِيشُ بَعْدَ ذَلِكَ وَيَأْكُلُ وَيَشْرَبُ.

192 مسألةٌ: وَإِذَا نَكَلَ مُدَّعُو الدَّمِ عَنِ القَسَامَةِ حَلَفَ المُدَّعَى عَلَيْهِمْ خَمْسِينَ يَمِينًا، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ مِنْ وُلَاتِهِ مَنْ يَحْلِفُ مَعَهُ غَيْرَ المُدَّعَى عَلَيْهِ وَحْدَهُ حَلَفَ الخَمْسِينَ.

193 مسألةٌ: وَلَوْ ادُّعِيَ القَتْلُ عَلَى جَمَاعَةٍ حَلَفَ كُلُّ وَاحِدٍ خَمْسِينَ يمينًا.

193 مسألةٌ: وَيَحْلِفُ مِنَ الوُلَاةِ فِي طَلَبِ الدَّمِ خَمْسُونَ رَجُلًا خَمْسِينَ يَمِينًا، فَإِنْ كَانُوا أَقَلَّ قُسِمَتْ عَلَيْهِمْ الأَيْمَانُ.

198 مسألةٌ: وَلَا تَحْلِفُ امْرَأَةٌ فِي العَمْدِ.

200 مسألةٌ: وَتَحْلِفُ الوَرَثَةُ فِي قَتْلِ الخَطَأ بِقَدْرِ مَا يَرِثُونَ مِنَ الدِّيَةِ مِنْ رَجُلٍ أَوِ امْرَأَةٍ.

200 مسألةٌ: وَإِنِ انْكَسَرَتْ يَمِينٌ عَلَيْهِمْ حَلَفَهَا أَكْثَرُهُمْ نَصِيبًا مِنْهَا.

201 مسألةٌ: وَإِذَا حَضَرَ بَعْضُ وَرَثَةِ دِيَةِ الخَطَأ لَمْ يَكُنْ لَهُ بُدٌّ أَنْ يَحْلِفَ جَمِيعَ الأَيْمَانِ، ثُمَّ يَحْلِفُ مَنْ يَأْتِي بَعْدَهُ بِقَدْرِ نَصِيبِهِ مِنَ المِيرَاثِ.

201 مسألةٌ: وَيَحْلِفُونَ فِي القَسَامَةِ قِيَامًا، وَيُجْلَبُ إِلَى مَكَّةَ وَالمَدِينَةِ وَبَيْتِ المَقْدِسِ أَهْلُ أَعْمَالِهَا لِلْقَسَامَةِ، وَلَا يُجْلَبُ فِي غَيْرِهَا إِلَّا مِنَ الأَمْيَالِ اليَسِيرَةِ.

203 مسألةٌ: وَلَا قَسَامَةَ فِي جُرْحٍ وَلَا عَبْدٍ.

204 مسألةٌ: وَلَا بَيْنَ أَهْلِ الكِتَابِ.

205 مسألةٌ: وَلَا فِي قَتِيلٍ بَيْنَ الصَّفَّيْنِ.

207 مسألةٌ: أَوْ وُجِدَ فِي مَحَلَّةِ قَوْمٍ.

277 مسألةٌ: وَفِي السِّنِّ خَمْسٌ مِنَ الإِبِلِ.

277 مسألةٌ: وَفِي كُلِّ إِصْبَعٍ عَشْرٌ.

278 مسألةٌ: وَفِي كُلِّ أَنْمَلَةٍ ثَلَاثَةُ أَبَاعِرَ وَثُلُثٌ، وَفِي كُلِّ أَنْمَلَةٍ مِنَ الإِبْهَامَيْنِ خَمْسٌ مِنَ الإِبِلِ.

279 مسألةٌ: وَفِي المُنَقَّلَةِ عُشْرٌ وَنِصْفُ العُشْرِ.

280 مسألةٌ: وَالمُوضِحَةُ مَا أَوْضَحَ العَظْمَ، وَالمُنَقَّلَةُ مَا طَارَ فَرَاشُهَا مِنَ العَظْمِ وَلَمْ يَصِلْ إِلَى الدِّمَاغِ، وَمَا وَصَلَ إِلَيْهِ فَهِيَ المَأْمُومَةُ، فَفِيهَا ثُلُثُ الدِّيَةِ، وَكَذَلِكَ الجَائِفَةُ.

281 مسألةٌ: وَلَيْسَ فِيمَا دُونَ المُوضِحَةِ إِلَّا الاجْتِهَادُ، وَكَذَلِكَ جِرَاحُ الجَسَدِ.

282 مسألةٌ: وَلَا يُعْقَلُ جُرْحٌ إِلَّا بَعْدَ البُرْءِ.

288 مسألةٌ: وَمَا بَرِئَ عَلَى غَيْرِ شَيْنٍ مِمَّا دُونَ المُوضِحَةِ فَلَا شَيْءَ فِيهِ.

289 مسألةٌ: وَفِي الجِرَاحِ القِصَاصُ فِي العَمْدِ إِلَّا فِي المَتَالِفِ مِثْلَ المَأْمُومَةِ وَالجَائِفَةِ وَالمُنَقَّلَةِ وَالفَخِذِ وَالأُنْثَيَيْنِ وَالصُّلْبِ وَنَحْوِهِ، فَفِي ذَلِكَ كُلِّهِ الدِّيَةُ.

294 مسألةٌ: وَلَا تَحْمِلُ العَاقِلَةُ قَتْلَ عَمْدٍ وَلَا اعْتِرَافٍ به.

299 مسألةٌ: وَتَحْمِلُ مِنْ جِرَاحِ الخَطَأِ مَا بِقَدْرِ الثُّلُثِ فَأَكْثَرَ، وَمَا كَانَ دُونَ الثُّلُثِ فَفِي مَالِ الجَانِي.

304 مسألةٌ: وَأَمَّا المَأْمُومَةُ وَالجَائِفَةُ عَمْدًا: فَقَالَ مَالِكٌ: ذَلِكَ عَلَى العَاقِلَةِ، وَقَالَ أَيْضًا: ذَلِكَ فِي مَالِهِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ عَدِيمًا فَتَحْمِلُهُ العَاقِلَةُ، لِأَنَّهُمَا لَا يُقَادُ مِنْ عَمْدِهِمَا، وَكَذَلِكَ مَا بَلَغَ ثُلُثَ الدِّيَةِ مِمَّا لَا يُقَادُ مِنْهُ لِأَنَّهُ مُتْلِفٌ.

306 مسألةٌ: وَلَا تَعْقِلُ العَاقِلَةُ مَنْ قَتَلَ نَفْسَهُ عَمْدًا أَوْ خَطَأً.

308 مسألةٌ: وَتُعَاقِلُ المَرْأَةُ الرَّجُلَ إِلَى ثُلُثِ دِيَةِ الرَّجُلِ، فَإِذَا بَلَغَتْهَا رَجَعَتْ إِلَى عَقْلِهَا.

313 مسألةٌ: وَالنَّفَرُ يَقْتُلُونَ رَجُلًا فَإِنَّهُمْ يُقْتَلُونَ بِهِ.

317 مسألةٌ: وَالسَّكْرَانُ إِنْ قَتَلَ قُتِلَ.

317 مسألةٌ: وَإِنْ قَتَلَ المَجْنُونُ رَجُلًا فَالدِّيَةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ.

319 مسألةٌ: وَعَمْدُ الصَّبِيِّ كَالخَطَأِ، وَذَلِكَ عَلَى عَاقِلَتِهِ إِنْ كَانَ ثُلُثَ الدِّيَةِ فَأَكْثَرَ، وَإِلَّا فَفِي مَالِهِ.

320 مسألةٌ: وَتُقْتَلُ المَرْأَةُ بِالرَّجُلِ، وَالرَّجُلُ بِهَا.

322 مسألةٌ: وَيُقْتَصُّ لِبَعْضِهِمْ مِنْ بَعْضٍ فِي الجِرَاحِ.

324 مسألةٌ: وَلَا يُقْتَلُ حُرٌّ بِعَبْدٍ، وَيُقْتَلُ بِهِ العَبْدُ.

328 مسألةٌ: وَلَا يُقْتَلُ مُسْلِمٌ بِكَافِرٍ، وَيُقْتَلُ الكَافِرُ بِهِ.

334 مسألةٌ: وَلَا قِصَاصَ بَيْنَ حُرٍّ وَعَبْدٍ فِي جُرْحٍ، وَلَا بَيْنَ مُسْلِمٍ وَكَافِرٍ.

336 مسألةٌ: وَالسَّائِقُ وَالقَائِدُ وَالرَّاكِبُ ضَامِنُونَ لِمَا أَوْطَأَتِ الدَّابَّةُ، وَمَا كَانَ مِنْهَا مِنْ غَيْرِ فِعْلِهِمْ أَوْ هِيَ وَاقِفَةٌ لِغَيْرِ شَيْءٍ فُعِلَ بِهَا فَذَلِكَ هَدَرٌ.

337 مسألةٌ: وَمَا مَاتَ فِي بِئْرٍ أَوْ مَعْدِنٍ مِنْ غَيْرِ فِعْلِ أَحَدٍ فَهُوَ هَدَرٌ.

337 مسألةٌ: وَتُنَجَّمُ الدِّيَةُ عَلَى العَاقِلَةِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ، وَثُلُثُهَا فِي سَنَةٍ، وَنِصْفُهَا فِي سَنَتَيْنِ.

342 مسألةٌ: وَالدِّيَةُ مَوْرُوثَةٌ عَلَى الفَرَائِضِ.

343 مسألةٌ: وَفِي جَنِينِ الحُرَّةِ غُرَّةُ عَبْدٍ أَوْ وَلِيدَةٍ، تُقَوَّمُ خَمْسِينَ دِينَارًا أَوْ سِتَّمِائَةِ دِرْهَمٍ، تُورَثُ عَلَى كِتَابِ اللهِ تَعَالَى.

395 مسألةٌ: وَمَنْ سَبَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قُتِلَ وَلَمْ تُقْبَلْ تَوْبَتُهُ، وَمَنْ سَبَّهُ مِنْ أَهْلِ الذِّمَّةِ بِغَيْرِ مَا بِهِ كَفَرُوا أَوْ سَبَّ اللهَ عَزَّ وَجَلَّ بِغَيْرِ مَا بِهِ كَفَرُوا قُتِلَ إِلَّا أَنْ يُسْلِمَ.

401 مسألةٌ: وَمِيرَاثُ الْمُرْتَدِّ لِجَمَاعَةِ الْمُسْلِمِينَ.

406 مسألةٌ: وَالْمُحَارِبُ لا عَفْوَ فِيهِ إِذَا ظُفِرَ بِهِ، فَإِنْ قَتَلَ أَحَدًا فَلا بُدَّ مِنْ قَتْلِهِ، وَإِنْ لَمْ يَقْتُلْ فَيَسَعُ الإِمَامُ فِيهِ اجْتِهَادَهُ بِقَدْرِ جُرْمِهِ وكثرةِ مُقامه فِي فَسَادِهِ، فَإِمَّا قَتَلَهُ أَوْ صَلَبَهُ ثُمَّ قَتَلَهُ أَوْ يَقْطَعُهُ مِنْ خِلافٍ أَوْ يَنْفِيهِ إِلَى بَلَدٍ يُسْجَنُ بِهَا حَتَّى يَتُوبَ، فَإِنْ لَمْ يُقْدَرْ عَلَيْهِ حَتَّى جَاءَ تَائِبًا وُضِعَ عَنْهُ كُلُّ حَقٍّ هُوَ لِلَّهِ تَعَالَى مِنْ ذَلِكَ وَأُخِذَ بِحُقُوقِ النَّاسِ فِي مَالٍ أَوْ دَمٍ.

417 مسألةٌ: وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنَ اللُّصُوصِ ضَامِنٌ لِجَمِيعِ مَا سَلَبُوهُ مِنَ الأَمْوَالِ، وَتُقْتَلُ الجَمَاعَةُ بِالوَاحِدِ فِي الحِرَابَةِ وَإِنْ وَلِيَ القَتْلَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ.

419 مسألةٌ: وَيُقْتَلُ الْمُسْلِمُ بِقَتْلِ الذِّمِّيِّ قَتْلَ غِيلَةٍ وَحِرَابَةٍ.

420 مسألةٌ: وَمَنْ زَنَى مِنْ حُرٍّ مُحْصِنٍ رُجِمَ بِالحِجَارَةِ حَتَّى يَمُوتَ.

423 مسألةٌ: وَالإِحْصَانُ أَنْ يَتَزَوَّجَ امْرَأَةً نِكَاحًا صَحِيحًا وَيَطَأُهَا وَطْأً صَحِيحًا.

429 مسألةٌ: فَإِنْ لَمْ يُحْصِنْ جُلِدَ مِائَةَ جَلْدَةٍ، وَغُرِّبَ إِلَى بَلَدٍ آخَرَ، وَحُبِسَ فِيهِ عَامًا.

433 مسألةٌ: وَعَلَى العَبْدِ فِي الزِّنَى خَمْسُونَ جَلْدَةً، وَكَذَلِكَ الأَمَةُ، وَإِنْ كَانَا مُتَزَوِّجَيْنِ.

437 مسألةٌ: وَلا تَغْرِيبَ عَلَيْهِمَا وَلا عَلَى امْرَأَةٍ.

442 مسألةٌ: وَلا يُحَدُّ الزَّانِي إِلَّا بِاعْتِرَافٍ

445 أَوْ حَمْلٍ يَظْهَرُ.

447 أَوْ بِشَهَادَةِ أَرْبَعَةِ رِجَالٍ أَحْرَارٍ بَالِغِينَ عُدُولٍ.

452 يَرَوْنَهُ كَالمِرْوَدِ فِي المُكْحُلَةِ.

454 وَيَشْهَدُونَ فِي وَقْتٍ وَاحِدٍ.

457 وَإِنْ لَمْ يُتِمَّ أَحَدُهُمْ الصِّفَةَ حُدَّ الثَّلَاثَةُ الَّذِينَ أَتَمُّوهَا.

459 مسألةٌ: وَلَا حَدَّ عَلَى مَنْ لَمْ يَحْتَلِمْ.

460 مسألةٌ: وَيُحَدُّ وَاطِئُ أَمَةِ وَالِدِهِ.

460 مسألةٌ: وَلَا يُحَدُّ وَاطِئُ أَمَةِ وَلَدِهِ، وَتُقَوَّمُ عَلَيْهِ وَإِنْ لَمْ تَحْمِلْ.

462 مسألةٌ: وَيُؤَدَّبُ الشَّرِيكُ فِي الأَمَةِ يَطَؤُهَا، وَيَضْمَنُ قِيمَتَهَا إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ، فَإِنْ لَمْ تَحْمِلْ فَالشَّرِيكُ بِالخِيَارِ أَنْ يَتَمَاسَكَ أَوْ تُقَوَّمَ عَلَيْهِ.

466 مسألةٌ: وَإِنْ قَالَتِ امْرَأَةٌ بِهَا حَمْلٌ: «اسْتُكْرِهْتُ» لَمْ تُصَدَّقْ، وَحُدَّتْ إِلَّا أَنْ تَعْرِفَ بَيِّنَةٌ أَنَّهَا احْتُمِلَتْ حَتَّى غَابَ عَلَيْهَا أَوْ جَاءَتْ مُسْتَغِيثَةً عِنْدَ النَّازِلَةِ أَوْ جَاءَتْ تَدْمَى.

466 مسألةٌ: وَالنَّصْرَانِيُّ إِنْ غَصَبَ المُسْلِمَةَ فِي الزِّنَى قُتِلَ.

467 مسألةٌ: وَإِنْ رَجَعَ المُقِرُّ بِالزِّنَى أُقِيلَ وَتُرِكَ.

472 مسألةٌ: وَيُقِيمُ الرَّجُلُ عَلَى أَمَتِهِ وَعَبْدِهِ حَدَّ الزِّنَى إِذَا ظَهَرَ حَمْلٌ أَوْ قَامَتْ بَيِّنَةٌ غَيْرُهُ أَرْبَعَةُ شُهَدَاءَ أَوْ كَانَ إِقْرَارٌ، وَلَكِنْ إِنْ كَانَ لِلْأَمَةِ زَوْجٌ حُرٌّ أَوْ عَبْدٌ لِغَيْرِهِ فَلَا يُقِيمُ الحَدَّ عَلَيْهَا إِلَّا السُّلْطَانُ.

474 مسألةٌ: وَمَنْ عَمِلَ عَمَلَ قَوْمِ لُوطٍ بِذَكَرٍ بَالِغٍ أَطَاعَهُ رُجِمَا أُحْصِنَا أَوْ لَمْ يُحْصِنَا.

477 مسألةٌ: وَعَلَى القَاذِفِ الحُرِّ الحَدُّ ثَمَانُونَ، وَعَلَى العَبْدِ أَرْبَعُونَ فِي القَذْفِ وَخَمْسُونَ فِي الزِّنَى.

479 مسألةٌ: وَالكَافِرُ يُحَدُّ فِي القَذْفِ ثَمَانِينَ.

479 مسألةٌ: وَلَا حَدَّ عَلَى قَاذِفِ عَبْدٍ وَلَا كَافِرٍ.